This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

DISPOSED OF BY ORDER
A.R.Q.

German
510
W 126 b

DISPOSED OF BY ORDER A.S.Q.

German
510
W 126 b

Pandekten

von

Carl Georg von Wächter

herausgegeben durch

O. v. Wächter

II

Beſonderer Theil

1. Sachenrecht. 2. Obligationenrecht. 3. Familienrecht. 4. Erbrecht.

Leipzig
Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel
1881.

Alle Rechte vorbehalten.

Inhalt.

Das Sachenrecht.

Einleitung.

Seite

Von den dinglichen Rechten überhaupt. § 117. . . . 1

Erster Abschnitt.

Das Eigenthum.

Erstes Kapitel. Natur des Eigenthums.

Begriff und Inhalt des Eigenthums. § 118. 2
Beschränkungen des Eigenthums. § 119. 5
Die Veräußerungsverbote. § 120. 17
Das Miteigenthum und die sogenannten Arten des Eigenthums. § 121. 22

Zweites Kapitel. Besitz.

Erste Unterabtheilung. Sachbesitz.
Begriff, Natur und Bedeutung. § 122. 30
Arten des Besitzes im weitern Sinn. § 123. 52
Subjekt und Gegenstand des Besitzes. § 124. 58
Erwerb des Besitzes. § 125. 61
Besitzerwerb durch Stellvertreter. § 126. 67
Verlust des Besitzes. § 127. 72
Die petitorischen und possessorischen Rechtsmittel. § 128. 80
Zweite Unterabtheilung. Iuris quasi possessio. § 129. 101

Drittes Kapitel. Erwerbung des Eigenthums.

Im Allgemeinen. § 130. 105
Die einzelnen Eigenthumserwerbarten.
A. Fälle der Succession.
I. Traditio ex iusta causa. § 131. 107
II. Andere abgeleitete Erwerbarten. § 132. 115
B. Originäre Erwerbarten.
I. Commixtio. Accessio. § 133. 117
II. Occupatio rerum nullius. — Schatz. § 134. 129
III. Umgestaltung, sogenannte specificatio. § 135. 137
IV. Fructuum perceptio. § 136. 140
V. Erwerb des Eigenthums durch Ersitzung.
Die verschiedenen Ersitzungsarten des Eigenthums überhaupt. § 137. 149

Seite

Ordentliche Ersitzung des Eigenthums oder [illegible] usucapio.
Erfordernisse. § 138 154
Außerordentliche Ersitzung. [illegible] longissimi temporis. § 139 162
Unterscheidung der ordentlichen und außerordentlichen Ersitzung. § 140 163
Beweis und Wirkung der Ersitzung. § 141 167

Viertes Kapitel. Die Rechtsmittel zum Schutz des Eigenthums.
Einleitung. § 142 169
Die Eigenthumsklage. § 143 170
Die Publiciana actio. § 144 186
Negatoria actio. § 145 190
Novi operis nuntiatio und interdictum quod vi aut clam. § 146 . . 192

Fünftes Kapitel. Verlust des Eigenthums. § 147 199

Zweiter Abschnitt.

Die iura in re aliena.

Erstes Kapitel. Von den iura in re aliena überhaupt. § 148 . 201
Zweites Kapitel. Die Servituten.
Begriff der Servituten. § 149 214
Gemeinsame Grundsätze aller Servituten. § 150 215
Unteilbarkeit und Theilbarkeit der Servituten. § 151 219
Gattungen der Servituten. § 152 226
Die Personalservituten.
Allgemeine Grundsätze. § 153 227
Der Nießbrauch. § 154 229
Quasi-Nießbrauch. Uneigentlicher Nießbrauch. § 155 234
Servitus usus und habitationis. § 156 236
Die Realservituten.
Allgemeine Grundsätze. § 157 239
Die Arten und Hauptfälle der Realservituten. § 158 242
Erwerbung der Servituten. § 159 252
Rechtsmittel bei den Servituten.
Petitorische Rechtsmittel. § 160 255
Possessorische Rechtsmittel. § 161 257
Erlöschung der Servituten. § 162 262

Drittes Kapitel. Das Emphyteutrecht.
Einleitung. Das sogenannte Nutzungseigenthum. § 163 265
Das Emphyteutrecht. § 164 266

Viertes Kapitel. Das Superficiar- oder Platzrecht. § 165 . 271

Das Obligationenrecht.

Erster Abschnitt.

Allgemeine Grundsätze.

Erstes Kapitel. Natur der persönlichen oder Forderungenrechte. § 166 275
Zweites Kapitel. Gegenstand, Inhalt und Gattungen der Obligationen.
Überhaupt. § 167 275

Seite
Selbständigkeit der Obligation. § 168. 279
Bestimmtheit des Gegenstandes. § 169. 281
Theilbarkeit der Obligation. § 170. 283
Geldschulden. § 171. . . . . —
Schadenersatz. § 172. 287
Zinsverbindlichkeit.
Begriff der Zinsen. Entstehungsgründe der Zinsverbindlichkeit. § 173. 291
Der Zinsfuß und Zinswucher. § 174. 293
Konventionalstrafen. § 175. 303

Drittes Kapitel. Subjekte der Obligation.
A. Im Allgemeinen. § 176. 304
B. Die solidarische Obligation.
1. Überhaupt und insbesondere die Korrealobligation. § 177. . . . 306
2. Die solidarische Obligation im engern Sinn. § 178. 318
3. Untheilbare Obligationen. § 179. 320

Viertes Kapitel. Die Wirkungen der Obligation.
Im Allgemeinen. § 180. 322
Insbesondere die Erfüllung der Obligation. § 181. 327

Fünftes Kapitel. Das Verhältnis kollidirender Forderungsrechte. § 182. 338

Sechstes Kapitel. Entstehung der Obligationen.
Übersicht. § 183. 341
Allgemeine Grundsätze über Verträge.
1. Die obligatorischen Verträge und ihre Klagbarkeit. § 184 343
2. Die Erfordernisse der Gültigkeit eines Vertrags. § 185. 355
3. Mängel der Verträge in Beziehung auf das Willensmoment.
Einfluß des Irrthums. § 186. 368
Einfluß von Betrug und Zwang. § 187. 374
4. Wirkungen der Verträge.
Die Wirkung der Verträge überhaupt und ihre Bestärkung. § 188. 384
Ordnung in der Erfüllung. § 189. 386
Die Wirkung obligatorischer Verträge zum Besten Dritter. § 190. 388

Siebentes Kapitel. Änderung bestehender Obligationen.
1. Änderung durch Vertrag; insbesondere die Novation. § 191. . . 390
2. Änderung bestehender Obligationen durch Verletzung. Verzug. § 192. 395

Achtes Kapitel. Eintritt in eine fremde Obligation.
1. Eintritt in die aktive Seite. § 193. 402
2. Eintritt in die passive Seite einer Obligation. § 194. 413

Neuntes Kapitel. Erlöschung der Obligationen. § 195. . . . 417

Zweiter Abschnitt.

Die einzelnen Obligationen.

Erstes Kapitel. Obligationen aus Verträgen und vertragsähnlichen Verhältnissen.
A. Unentgeltliche (lukrative) oder einseitige Verträge.
Die Schenkung. § 196. 432
Darlehn (mutuum). § 197. 436
Leihvertrag und precarium. § 198. 439
Depositum. § 199. 444

Seite
Das receptum der Wirthe und der Schiffer. § 200. 445
Der Trödelvertrag (contractus aestimatorius). § 201. 447
Der Mandatsvertrag. § 202. 448
Negotiorum gestio. § 203. 454
B. Verträge auf Leistung und Gegenleistung oder entgeltliche (onerose) Verträge.
Entgeltliche Veräußerungsverträge.
Der Kaufvertrag.
Begriff und Erfordernisse des Kaufs. § 204. 458
Die Wirkungen des Kaufs. Haftung für Entwährung. § 205. 464
Haftpflicht für physische Mängel des Vertragsgegenstandes. § 206. 468
Laesio enormis. § 207. 472
Der Tauschvertrag. § 208. 474
Entgeltliche Verträge auf Gebrauchsverstattung oder auf Dienste.
Die locatio conductio. § 209. 476
Lex Rhodia de iactu. § 210. 480
Gesellschaftsvertrag. § 211. 481
Obligationen aus einer communio. Grenzscheidungsklage. § 212 . 485
Spiel- und Wettvertrag. § 213. 486

Zweites Kapitel. Obligationen aus Delikten.
Das furtum. § 214. 488
Damnum iniuria datum. § 215. 490
Weitere Fälle von Obligationen aus Delikten. § 216. 493
Actio doli. § 217. 496

Drittes Kapitel. Obligationen, die weder aus Verträgen noch aus Delikten entspringen.
Condictiones sine causa. § 218. 497
Condictio indebiti. § 219. 498
Condictio ob causam datorum. § 220. 505
Actio ad exhibendum. § 221. . . . . —

Viertes Kapitel. Sicherung einer Forderung durch Intercession. § 222. 506

Fünftes Kapitel. Sicherung der Forderungen durch Pfandrecht.
Begriff, Natur und Gattungen des Pfandrechts. § 223. 514
Erfordernisse eines Pfandrechts. Verschiedenheit desselben nach seinem Gegenstand. § 224. 518
Umfang und Theilbarkeit des Pfandrechts. § 225. 524
Entstehung eines Pfandrechts. § 226. 525
Hypothekarische Succession. § 227. 526
Rechtsverhältnis beim Pfandrecht. § 228. 528
Rangordnung kollidirender Pfandgläubiger und ihr Verhältnis zu Gläubigern, die kein Pfandrecht haben. § 229. 535
Erlöschung des Pfandrechts. § 230. 543
Die neueren Partikularrechte. § 231. 545

Das Familienrecht.

Erster Abschnitt.

Die Ehe.

Erstes Kapitel. Das Eherecht im engern Sinn. § 232. 548

Zweites Kapitel. Das eheliche Güterrecht.
Das gemeinrechtliche eheliche Güterverhältnis überhaupt. § 233. . . . 559

Seite
Natur und Arten der dos. § 234. 561
Die Dotationspflicht. § 235. 563
Die Bestellung der dos. § 236 564
Rechte des Ehemanns an der dos während der Ehe. § 237. 566
Verhältnis der Frau zur dos während der Ehe. § 238. 572
Schicksal der dos nach Auflösung der Ehe. § 239. 573
Propter nuptias donatio. § 240. 576
Rechtsgeschäfte, insbesondere Schenkungen zwischen Ehegatten. § 241. 578
Delikte zwischen Ehegatten. § 242. 582
Rechtsverhältnis nach Trennung der Ehe. § 243. 583
Die Wiederverheirathung. § 244. 586
Das sogenannte Trauerjahr. § 245. 587

Zweiter Abschnitt.

Die Familie überhaupt.

Die Familie und ihre Begründung. § 246. 589
Die rechtliche Bedeutung des Familienverhältnisses überhaupt. § 247. 591
Die Agnation. § 248. 592

Dritter Abschnitt.

Insbesondere das legitime Ascendenten- und Descendentenverhältnis.

Erstes Kapitel. Seine Begründung und allgemeine Wirkungen. § 249. 597

Zweites Kapitel. Die väterliche Gewalt.

Begriff und Erfordernisse. § 250. 601
Erwerbsgründe der väterlichen Gewalt. Insbesondere die Adoption. § 251. 603
Beendigung der väterlichen Gewalt. § 252. 611
Rechtliche Wirkungen der väterlichen Gewalt überhaupt und in Beziehung auf die Person der Hauskinder. § 253. 613
Einfluß der väterlichen Gewalt auf die Vermögensverhältnisse.
Das ältere Recht bis zu Kaiser Konstantin. § 254. 616
Das justinianische und heutige gemeine Recht. § 255. 622

Vierter Abschnitt.

Die außereheliche Geschlechtsgemeinschaft und Verwandtschaft.

Die außereheliche Geschlechtsgemeinschaft. § 256. 631
Die außereheliche Verwandtschaft. § 257. . . . . —
Der Konkubinat. § 258. 635
Die Legitimation. § 259. 637

Fünfter Abschnitt.

Die Vormundschaft.

Erstes Kapitel. Begriff und Arten der Vormundschaft und die Obervormundschaft. § 260. 640

Zweites Kapitel. Altersvormundschaft.

Einleitung. § 261. 641
Bestellung des Altersvormunds. § 262. 648

Seite

Vierter Abſchnitt.

Die Schenkungen von Todeswegen (mortis causa donationes). § 322. 823

Fünfter Abſchnitt.

Die Notherbfolge.

Einleitung. § 323. 826

Erſter Unterabſchnitt.

Notherbrecht der Deſcendenten und Aſcendenten des Erblaſſers.

Erſtes Kapitel. Die Berechtigten. § 324. 827

Zweites Kapitel. Das Recht auf den Pflichttheil. § 325. . . . 829

Drittes Kapitel. Formelle und materielle Pflichten, welche gegen Deſcendenten und Aſcendenten zu beobachten ſind, und die Folgen ihrer Nichtbeobachtung.

Das ältere Recht vor Nov. 115. § 326. 832

Das neueſte römiſche und das heutige Recht nach Nov. 115. § 327. . 840

Zweiter Unterabſchnitt.

Rechte anderer ſogenannter Notherben (welche nicht Deſcendenten oder Aſcendenten des Teſtirers ſind). § 328. 848

Verzeichnis der Beilagen, welche zu den Vorleſungen gegeben wurden. . . 851

Regiſter über den allgemeinen und beſondern Theil. 853

Seite

Die Substitutionen.
Übersicht. 731
Die Vulgarsubstitution. § 292. . . . . —
Die Pupillarsubstitution. § 293. 734
Quasi-Pupillarsubstitution. 294. 738
Gemeinschaftliche Testamente. § 295. 740
Ungültigkeit und Aufhebung letzter Willen. § 296. 741
Zeitpunkt der Delation der Testamentserbschaft. § 297. 746

Zweiter Unterabschnitt.
Die Erwerbung und Ablehnung der Erbschaft.

Erstes Kapitel. Erwerb und Ablehnung überhaupt. § 298. . 747

Zweites Kapitel. Die Transmission einer Erbschaft. § 299. . . 754

Drittes Kapitel. Gegenstand der Erwerbung.
Der Gegenstand überhaupt. § 300. 759
Anwachsungsrecht bei Erbschaften. § 301. 760

Viertes Kapitel. Wiederaufhebung der Erwerbung einer Erbschaft. § 302. 764

Dritter Unterabschnitt.
Die durch den Erwerb der Erbschaft begründeten Rechtsverhältnisse.

Erstes Kapitel. Überhaupt und insbesondere das Verhältnis zu den Gläubigern.
Die Rechtsverhältnisse überhaupt. § 303. 766
Verhältnis zu den Gläubigern und Vermächtnisnehmern. § 304. . . 767

Zweites Kapitel. Rechtsverhältnis der Miterben zu einander.
A. Überhaupt. § 305. 772
B. Die reale Erbtheilung. § 306. 773
C. Die Kollation. § 307. 775

Drittes Kapitel. Die Rechtsmittel der Erben.
A. Die Erbschaftsklage und die Rechtsmittel aus den geerbten Rechten des Erblassers. § 308. 780
B. Anspruch auf provisorischen Besitz des Nachlasses. § 309. 786

Viertes Kapitel. Die Veräußerung einer Erbschaft. § 310. . . 787

Dritter Abschnitt.
Die Vermächtnisse.

Erstes Kapitel. Die allgemeinen allen Vermächtnissen gemeinsamen Grundsätze.
Begriff der Gattungen der Vermächtnisse und historische Einleitung. § 311. 791
Subjekte bei den Vermächtnissen. § 312. 798
Form der Errichtung der Vermächtnisse. § 313. 802
Die Codicillarklausel. § 314. 803
Inhalt der Vermächtnisse überhaupt. § 315. 804
Substitution bei Vermächtnissen. § 316. 805
Zusammenfallen eines Vermächtnisses. 317. 806
Erwerbung und Ablehnung der Vermächtnisse. § 318. 808
Anwachsungsrecht bei Vermächtnissen. § 319. 813
Die quarta Falcidia. § 320. 816

Zweites Kapitel. Universalvermächtnisse. § 321. 819

Seite

Vierter Abſchnitt.

Die Schenkungen von Todeswegen (mortis causa donationes). § 322. 823

Fünfter Abſchnitt.

Die Notherbfolge.

Einleitung. § 323. 826

Erſter Unterabſchnitt.

Notherbrecht der Deſcendenten und Aſcendenten des Erblaſſers.

Erſtes Kapitel. Die Berechtigten. § 324. 827

Zweites Kapitel. Das Recht auf den Pflichttheil. § 325. . . . 829

Drittes Kapitel. Formelle und materielle Pflichten, welche gegen Deſcendenten und Aſcendenten zu beobachten ſind, und die Folgen ihrer Nichtbeobachtung.

Das ältere Recht vor Nov. 115. § 326. 832

Das neueſte römiſche und das heutige Recht nach Nov. 115. § 327. . 840

Zweiter Unterabſchnitt.

Rechte anderer ſogenannter Notherben (welche nicht Deſcendenten oder Aſcendenten des Teſtirers ſind). § 328. 848

Verzeichnis der Beilagen, welche zu den Vorleſungen gegeben wurden. . . 851

Regiſter über den allgemeinen und beſondern Theil. 853

Das Sachenrecht.

Einleitung.

Von den dinglichen Rechten überhaupt*.

§ 117.

(Arndts §§ 126—129.)

Der Kreis der dinglichen Rechte ist ein beschränkter. Dingliche Rechte sind bloß das Eigenthum (die Grundlage alles Vermögens) und gewisse unmittelbare Herrscherrechte über fremde Sachen (iura in re im engern Sinne, Rechte an Sachen, die der Berechtigte nicht im Eigenthum hat) [1].

Über Erwerb und Verlust der dinglichen oder Sachen-Rechte überhaupt [2] giebt es keine allen dinglichen Rechten gemeinsamen Grundsätze, außer den Grundsätzen, welche im allgemeinen Theil (§ 68 ff. u. § 91) über Erwerb und Verlust der Rechte überhaupt ausgeführt wurden. Denn die besonderen Wege, auf welchen die einzelnen dinglichen Rechte erworben werden und erlöschen, bestimmen sich bei denselben sehr verschieden.

Bei dem Rechtserwerb wird häufig der Ausdruck titulus, auch causa, gebraucht für den Erwerbsgrund oder die Thatsachen, auf welche die Erwerbung sich stützt [3].

---

* Über Begriff und Natur der dinglichen oder Sachen-Rechte und ihre durchgreifende Verschiedenheit von den persönlichen oder Forderungen-Rechten (und über den ganzen Inhalt von Arndts § 126 f.), s. oben § 36 Nr. I. II (Th. I v. S. 176 f.). — Über den Begriff und die Natur der Klagen, welche zur Verfolgung und Geltendmachung eines dinglichen Rechtes dienen, s. § 36 Nr. IV—VII Th. I S. 182 f.).

[1] Viele zählen auch das Erbrecht noch zu den dinglichen Rechten; aber mit Unrecht. Das Recht, eine deferirte Erbschaft zu erwerben, ist ein Personenrecht. Hat Jemand aber die Erbschaft wirklich erworben, so hat er nicht ein eigenthümliches dingliches Recht an dem Nachlaß; die Sachen, welche dem Erblasser gehörten, sind nun eben in sein Eigenthum übergegangen; die Forderungen des Erblassers stehen ihm (dem Erben) zu; aber auch die Schulden des Erblassers sind nun seine Schulden. Nur das Eigenthümliche gilt hier, daß der Erbe den gesammten Nachlaß als ein Ganzes von jedem unberechtigten Dritten mit Einer dinglichen Klage herausfordern kann.

[2] Wovon Arndts in § 127 spricht.

[3] Durch den Ausdruck titulus oder causa werden im römischen Recht die Erwerbungsgründe, also die Thatsachen bezeichnet, auf welche ein (wirklicher oder angeblicher)

Erster Abschnitt.
Das Eigenthum*.

Erstes Kapitel. Natur des Eigenthums.
Begriff und Inhalt des Eigenthums.

§ 118.
(Arndts § 130).

Eigenthum (proprietas, rei dominium oder dominium proprietatis) ist[1] die unmittelbare rechtliche Herrschaft über eine

Erwerber seine Erwerbung stützt, oder welche zur Erwerbung eines Rechts oder des Besitzes gefordert wird. Der Ausdruck bezeichnet daher auch die Gesammtheit der Thatsachen, welche zu Erwerbung des Rechts erfordert werden. Häufig aber bezeichnet man bei uns durch titulus bloß einen Theil jener Thatsachen, nämlich bloß den Anspruch auf eine Rechtserwerbung (titulus adquirendi) im Gegensatz zu der Thatsache, durch welche der Erwerb verwirklicht wird, dem Erwerbsakt, wofür dann der Ausdruck modus adquirendi gebraucht wird. In dieser Weise kann man allerdings bei manchen Erwerbsfällen dinglicher Rechte unterscheiden. Es war aber verfehlt, wenn meist die älteren Civilisten von den dinglichen Rechten überhaupt (als Eigenthümlichkeit derselben) behaupteten, zu ihrer Erwerbung werde stets erfordert ein titulus adquirendi, das heiße ein Anspruch, eine Forderung auf Erwerbung des dinglichen Rechts — und dann der modus adquirendi, das heiße eine Thatsache, durch welche das dingliche Recht wirklich von uns erworben werde. Dies ist in dieser Allgemeinheit ganz falsch. Zwar geht häufig der wirklichen Erwerbung des dinglichen Rechts eine Forderung auf dieselbe voran, z. B. wenn mir Jemand eine Sache verkauft oder schenkt, so habe ich gegen ihn aus diesem Vertrag einen titulus auf Übertragung der Sache; aber das Eigenthum erwerbe ich erst durch traditio; diese letztere nannten die Älteren den modus adquirendi. Ferner: wenn mir mein Schuldner zusagt, er wolle mir zur Sicherung meiner Darlehnsforderung eine seiner Uhren zum Faustpfand geben, so habe ich dadurch noch nicht ein Pfandrecht erworben, sondern bloß einen sog. Pfandrechtstitel, d. h. einen Anspruch an ihn, daß er mir eine seiner Uhren zum Faustpfand gebe; wählt er dann später eine Uhr und übergiebt sie mir, so erwerbe ich nun an ihr wirklich das dingliche Recht; diese Übergabe ist dann der modus adquirendi des Faustpfandrechts. Auf diese Weise kann man allerdings bei manchen Erwerbsarten dinglicher Rechte unterscheiden. Allein es giebt viele Erwerbsarten dinglicher Rechte, bei welchen der wirklichen Erwerbung ein solcher Titel nicht vorangeht, z. B. Erwerb des Eigenthums durch occupatio, accessio, specificatio, einer Servitut durch bloßen Vertrag u. dergl. — Über die von Arndts in § 127—128 erörterten Punkte s. oben § 68 Beilage II Nr. V (Th. I S. 322) und § 69 Lit. C. (Th. I S. 326); über Arndts § 129 f. unten die Lehren vom Eigenthum und Besitz.

* Über das Eigenthum ist zu vergleichen: Gesterding, Ausführliche Darstellung der Lehre vom Eigenthum ꝛc. (1817, ein Buch, das in Vielem zu berichtigen ist); Andr. Christian Johann Schmid, Handbuch des gemeinen deutschen bürgerlichen Rechts (1847) Bd. I (dieser Band ist eine Monographie über Eigenthum); E. Pagenstecher, Die Lehre vom römischen Eigenthum III Abtheilungen (1858 und 1859; enthält einzelnes Gute, ist aber nachlässig geschrieben). Manches Scharfsinnige und Beachtenswerthe enthält auch Leist, Über die Natur des Eigenthums (Civilist. Studien. 3. Heft. Jena 1859. Vgl. darüber Windscheid in der Kritischen Vierteljahrsschr. 1859 I S. 295 f.). Bloß eine trockene und vielfach schiefe Materialiensammlung ist Karl Sell, Die römische Lehre vom Eigenthum. Bonn 1852.

[1] Es ist auffallend, daß über den sehr nahe liegenden und überaus einfachen Begriff des Eigenthums von je her viel Streit war und ungemein viel Schiefes gesagt wurde. Die

Sache, also dasjenige dingliche Recht, vermöge dessen Jemandem die rechtliche Herrschaft über eine Sache (d. h. über ein körperliches Ding) oder über einen Theil einer Sache zusteht, und zwar die (unmittelbare) rechtliche Herrschaft überhaupt, nicht bloß, wie bei den iura in re, eine Herrschaft in gewissen Beziehungen.

Vermöge dieser Herrschaft gehört die Sache dem Eigenthümer, ist die seinige und deßhalb wird durch dieses Zugehören der Sache oder durch die Sache als eine uns gehörige das Eigenthumsrecht selbst bezeichnet.

Alle anderen dinglichen Rechte geben nicht die rechtliche Herrschaft über die Sache, sondern nur eine gewisse rechtliche Herrschaft in einzelnen Beziehungen oder Richtungen, und deßhalb kann man sie nie durch die Sache selbst bezeichnen, sondern nur durch die besondere Art der rechtlichen Herrschaft, die sie geben[2].

Möglicher Gegenstand des Eigenthums sind bloß Sachen, d. h. körperliche Dinge[3]. Es erstreckt sich aber auf Alles, was mit der Sache als Theil physisch verbunden ist oder durch accessio Theil derselben wird[4].

Der regelmäßige Inhalt des Eigenthumsrechts ergiebt sich von selbst aus der Natur der rechtlichen Herrschaft (über eine Sache). In der rechtlichen Herrschaft über eine Sache überhaupt[5] nämlich liegen an sich (vgl. § 119) folgende Befugnisse:

1) über die Sache der Substanz nach beliebig zu verfügen,

Älteren zählten meist die einzelnen im Eigenthum enthaltenen Befugnisse auf und sagten, alle zusammen seien das Eigenthum. Dies war schon deßhalb falsch, weil einem Eigenthümer einzelne dieser Befugnisse fehlen können und sein Recht an der Sache dennoch Eigenthum bleibt. Die meisten Neueren sagen, Eigenthum sei die „ausschließliche" oder die „unbeschränkte" oder „vollkommene" Herrschaft über eine Sache (so auch Savigny, Obligationenr. I S. 311; Arndts § 130 i. A., § 169). Allein dies ist falsch, weil, wie doch Alle anerkennen, die rechtliche Herrschaft über eine Sache Eigenthum bleibt, wenn sie auch eine beschränkte, nicht ausschließliche, also unvollkommene ist. — Andere Neuere geben überschwengliche Definitionen und begnügen sich mit ganz unzutreffenden und unklaren Bildern (vgl. Arndts § 130 Anm. 4).

[2] Also durch: eine Servitut, ein Pfandrecht, ein Superficiarrecht an der Sache. Bei iura in re ist nicht die Sache die meinige, sondern nur eine gewisse Herrschaft über die Sache, die durch das besondere Recht bezeichnet werden muß: meine Servitut, mein Pfandrecht.

[3] Meine Erörterungen I S. 18 ff.

[4] S. oben § 61. 65 Lit. A. (Th. I S. 282. 297); und über den Luftraum über einem Grundstück s. § 60 Lit. C. I a. E. (Th. I S. 272).

[5] Also nicht bloß einer Herrschaft in gewissen bestimmten Richtungen.

d. h. er muß den Beweis führen, daß er dieses Recht gehörig erworben habe[3].

Bei den möglichen Beschränkungen eines Eigenthümers muß man, was gewöhnlich nicht gehörig geschieht, folgende sehr verschiedene Fälle unterscheiden.

A. Bloße subjektive Beschränkungen der konkreten Person, die dermalen Eigenthümer der Sache ist. Hier ist bloß der dermalige konkrete Eigenthümer für seine Person in der Herrschaft über die Sache beschränkt, das Eigenthumsrecht selbst aber wird dadurch nicht afficirt und ist objektiv nicht beschränkt und die wichtige Folge davon ist, daß die Beschränkung nicht auch gegen seinen Singular-Nachfolger in der Sache geht[4]. — Solche subjektive Beschränkungen sind doppelter Art.

1) Bloß personenrechtliche Beschränkungen (z. B. der Minderjährigen)[5].

2) Obligatorische Beschränkungen. Diese sind keine Beschränkungen des Eigenthums, sondern bloß Schulden[6]; nur ich und mein Erbe sind persönlich dem Gläubiger verpflichtet, mein Eigenthum aber an der Sache ist gar nicht beschränkt oder gemindert; wenn ich daher die Sache an einen Dritten veräußere, so trage ich auf diesen unbeschränktes Eigenthum über, da mein Eigenthum gar nicht beschränkt war, meine Obligationen (Verbindlichkeiten) aber nicht auf meinen Singular-Nachfolger in die Sache übergehen[7].

B. Wirkliche, objektive Beschränkung des Eigenthums. Eine solche ist vorhanden, wenn bei einer konkreten Sache das Eigenthumsrecht selbst, das man an ihr hat, ein unvollkommenes, ein gemindertes ist. Dies ist der Fall, wenn ein Dritter ein ius in re an der Sache

---

[3] Cod. de servit. 3, 34 cst. 9 und 10. Vgl. oben § 101 Beil. II Nr. II 3 i. A. (Th. I S. 525).

[4] Vgl. oben § 68 Lit. D. (Th. I S. 317).

[5] S. § 120 Nr. I a. E. Lit. b.

[6] Z. B. wenn ich mein Haus auf drei Jahre an N. vermiethet, oder ihm mein Pferd verkauft, aber noch nicht übergeben habe, oder ich ihm meine Sache, die ich von ihm gekauft hatte, wieder zurückzugeben verbunden bin, weil er den Kauf wegen eines dolus, den ich gegen ihn begangen hatte, anfechten kann, also mein Eigenthum ex nunc revokabel ist: so bin ich dem N. obligirt, ich habe die persönliche Verpflichtung, das Haus ihn 3 Jahre bewohnen zu lassen, das Pferd zu übergeben, ihm die gekaufte Sache zurückzuerstatten. Diese Obligation geht, wie alle meine Schulden, auch auf meine Erben (Universal-Nachfolger) über.

[7] S. oben § 68 Nr. III D. 2 a. E. und Beil. II Nr. I, II (Th. I S. 317 f.); § 69 Lit. C. Nr. II 1 (Th. I S. 326).

erwarb, z. B. eine Servitut, ein Pfandrecht u. ſ. w.[8]. Durch dieſe Beſchränkungen wird das Eigenthum (die Sache ſelbſt) objektiv belaſtet und dadurch das Eigenthum ſelbſt afficirt, gemindert, ſo lange die Beſchränkung beſteht. Sie geht daher auch auf den Singular-Nachfolger des Eigenthümers über[9]. Wir nennen in ſolchen Fällen das Eigenthum ein dominium limitatum oder minus plenum, ein beſchränktes, unvollkommenes. Liegen ſolche Beſchränkungen nicht auf der Sache, ſo nennen wir das Eigenthum ein dominium illimitatum oder plenum, ein unbeſchränktes, vollkommenes.

C. Noch giebt es eine Klaſſe von Beſchränkungen des Eigenthums, aber bloß bei Grundſtücken, die zwar wirkliche objektive Beſchränkungen des Eigenthums ſind, aber von den Fällen unter B. ſich dadurch weſentlich unterſcheiden, daß ſie nicht bloß für eine konkrete Sache gelten, ſondern für alle Grundſtücke im Staate und zwar in Folge allgemeiner geſetzlicher Beſtimmungen, ſo daß ſie als in der Natur des Grundeigenthums liegend angenommen werden. Dieſe geſetzlichen Beſchränkungen des Eigenthums an Grundſtücken überhaupt ſind folgende:

I. Beſchränkungen, die ihre Grundlage im öffentlichen Rechte haben, die alſo durch den Privatwillen nicht geändert werden können; hierher gehören:

1) der öffentliche Gebrauch der Flußufer[10].

2) Jeder Eigenthümer muß es ſich gefallen laſſen, daß der Staat, ſo weit es zu öffentlichen Zwecken nöthig iſt, ihn expropriirt, d. h. ihn, jedoch gegen vollſtändige Entſchädigung (in Geld) in ſeinem Eigenthum beſchränkt oder es ihm ganz entzieht, z. B. zu öffentlichen Wegen u. dergl.[11].

3) Nach römiſchem Recht muß jeder Grundeigenthümer geſtatten, daß (wenn er es nicht ſelbſt thun will) Dritte in ſeinem Grundſtück nach Mineralien graben (und dieſelben ſich aneignen)

---

[8] Gewiſſermaßen kann man noch hierher rechnen das Miteigenthum. Denn jeder Miteigenthümer iſt durch die Rückſicht auf ſeinen Miteigenthümer in der Dispoſition über die Subſtanz der Sache ſehr beſchränkt.

[9] S. § 69 l. c. § 148.

[10] S. oben § 60 Beil. II Nr. I (Th. I S. 279).

[11] Das Nähere darüber gehört ins Staatsrecht und Partikularrecht. — Die Grundſätze vom Kaufvertrag kommen dabei in Anwendung.

gegen eine Abgabe an ihn von 10% des Ertrags und 10% an den Fiskus [12];

4) Der Grundeigenthümer wird vielfach beschränkt durch polizeiliche Gesetze, durch die Feuer-, Bau-, Verschönerungs- und Sanitäts-Polizei. Auch gehört hierher die deutsch-rechtliche Beschränkung des Waldeigenthums durch die staatspolizeiliche Aufsicht über die forstliche Behandlung der Privatwaldungen.

5) Eine weit gehende Beschränkung der Grundeigenthümer wurde durch das sog. Jagdregal, das im 16. Jahrhundert sehr mit Unrecht sich bildete, begründet. Jetzt ist aber dasselbe in Deutschland beinahe allgemein aufgehoben. Denn beinahe alle Partikularrechte sind zum Grundsatz des römischen Rechts zurückgekehrt und erkennen an, daß die Jagd ein dem Grundeigenthümer zustehendes Recht sei, jedoch beschränken sie die Ausübung des Rechts in Manchem polizeilich [13].

II. Beschränkungen in Rücksicht auf den Gutsnachbar, das sog. Nachbarrecht [14]. Über dieses Nachbarrecht bildet das römische Recht unser gemeines Recht. Es ist rein privatrechtlicher Natur, kann also auch durch Vereinbarung der betheiligten Nachbarn für ihre Grundstücke geändert werden. Der maßgebende Grundsatz über das Nachbarschaftsverhältnis, welches aus der Natur des Eigenthums folgt und auch in unserem positiven Recht durchaus anerkannt ist, geht dahin:

Jeder Grundeigenthümer ist, so fern nicht eine der unter B. oder unter C. I. angeführten Beschränkungen gegen ihn nachgewiesen werden kann, voller Herr auf seinem Territorium, kann jeden Dritten davon ausschließen, kann mit und auf seinem Boden machen, was ihm beliebt, sollte es auch seinem Nachbar noch so fatal sein [15]. Nur darf er weder mittelbar noch unmittelbar in das Gebiet seiner Nachbarn übergreifen; er darf sie nicht hindern, mit dem Ihrigen auf ihrem Territorium frei zu verfahren, darf nicht in ihr Territorium eingreifen, darf nicht ihnen Etwas auf ihr Grundstück hinüberwerfen, sie nicht durch ungewöhn-

---

[12] S. Arndts § 131 Anm. Nr. 6. — Dies ist aber nach dem deutschen Bergrecht wesentlich anders, s. das Germanicum.

[13] Hierüber und überhaupt über die Fälle unter Nr. 2—3 gehört das Nähere theils ins öffentliche Recht, theils ins Germanicum und in die Partikularrechte.

[14] Hierüber vgl. die bei Arndts l. c. Anm. a. E. Angeführten.

[15] S. oben § 33 (Th. I S. 169).

lichen Rauch, Staub u. dergl. beläſtigen oder beſchädigen, ihr Grundſtück nicht durch Erſchütterungen beeinträchtigen; ferner darf er nicht in den freien Luftraum über des Nachbars Grundſtück hineingreifen, z. B. nicht Etwas von dem Seinigen hineinragen laſſen, einen Balken, Balkon u. dergl. Gegen alle ſolche Handlungen kann der Nachbar auf Unterlaſſung und Erſatz mit der negatoria actio klagen [16].

Allein dieſes Princip läßt ſich nicht *rein* durchführen; bei den nahen Berührungen der nachbarlichen Intereſſen müſſen Ausnahmen gemacht werden und dies thut auch unſer poſitives Recht. Es unterwirft die Nachbarn gewiſſen gegenſeitigen Beſchränkungen, vermöge deren ſie in manchen Fällen verlangen können, daß der Nachbar Etwas dulde, was er an ſich nicht zu dulden hätte, oder Etwas unterlaſſe, was er nach dem ſtrengen Princip auf ſeinem Grund und Boden thun dürfte. Dieſe Beſchränkungen bezeichnen wir durch *Nachbarrecht*. Viele Civiliſten [17] nehmen an, dieſe Nachbarrechte ſeien *Servituten*, welche der Nachbar gegen das benachbarte Grundſtück habe, und nennen ſie deßhalb *geſetzliche* oder *Legal-Servituten*. Allein dies iſt nicht richtig. Die *Servituten* ſind gewiſſe dingliche Rechte, die man durch einen beſondern Erwerbsakt gegen eine einzelne konkrete fremde Sache erwerben und haben kann. Die *Nachbarrechte* aber ſind Rechte, welche vermöge des Geſetzes *allen* Grundeigenthümern überhaupt gegen *jedes* benachbarte Grundſtück zukommen, alſo *mit dem Grundeigenthum an ſich verbunden* ſind, gleichſam eine *Eigenſchaft* des Grundeigenthums bilden, ſo daß der *Verzicht* auf ein Nachbarrecht eine Minderung und Beſchränkung des Eigenthums am Grundſtück des Verzichtenden enthält und eine auf dasſelbe gelegte Servitut ſein kann; z. B. vermöge des Nachbarrechts kann ich verlangen, daß, wenn mein Nachbar auf ſeinem Grundſtück einen Baum pflanzen will, er ihn nicht zu nahe an die Grenze ſetzt; dies iſt ein in *meinem* Eigenthum liegendes Recht (nicht eine Servitut an *ſeinem* Grundſtück); räume ich ihm aber ein, den Baum hart an die Grenze zu ſetzen, ſo beſchränke ich dadurch das Eigenthum an meinem Grundſtück durch eine Servitut, d. h. ich räume dem Nachbar für ſein Grundſtück eine Servitut an meinem Grundſtück dahin ein, daß er ſo nahe an mich heranrücken darf.

[16] D. si serv. vind. 8, 5 l. 8 § 5. Vgl. unten § 145.
[17] Auch *Wangerow*, Pand. 7. Ausg. I 731 f.

Die nachbarlichen Beschränkungen sind nach gemeinem Recht folgende:

1) Jeder Nachbar muß sich solche Belästigungen gefallen lassen, welche die ordnungsmäßige Benutzung eines Grundstücks und die gewöhnlichen Bedürfnisse des Lebens ganz allgemein mit sich bringen und erfordern, z. B. den Rauch aus unserem Kamin (wenn er nicht ein ganz ungewöhnlicher, etwa durch ein besonderes Gewerbe erzeugter und schadender ist); ferner den Schatten, den unser Haus wirft; den Geruch, den unsere Düngerstätte hinüber sendet[18].

2) Wenn eine Mauer oder die Wand eines Gebäudes sich allmählich ausbeugt, so daß der Bauch in den Luftraum des Nachbars hineinragt, so muß er ihn dulden, aber nur, wenn er weniger als einen halben Fuß hineinragt; wird er größer, so kann der Nachbar mit der actio negatoria Beseitigung verlangen[19].

3) Wer auf seinem Grundstück bauen oder Bäume pflanzen oder Gruben machen will, darf es nicht zu nahe an der Grenze thun; er muß damit auf sich selbst zurückweichen[20].

4) Beschränkungen hinsichtlich naher Bäume, die auch dann eintreten, wenn der Zwischenraum unter Nr. 3 beobachtet ist oder wenn der Nachbar gestattete, daß der Pflanzende den Zwischenraum nicht einhielt[21].

5) Beschränkungen wegen überfallenden Obstes[22].

6) Nach deutschem Gewohnheitsrecht kann der Nachbar von seinen Nachbarn die Einräumung eines sog. Nothweges verlangen, aber natürlich nur gegen volle Bezahlung[23].

7) Beschränkungen bei dem Wasserlauf, mit Ausnahme der öffentlichen Flüsse[24]. Man muß hier unterscheiden:

a. Regen- und Quell-Wasser. Das Maßgebende ist hier der normale Zustand des Grundstücks. Dieser bestimmt sich entweder durch

---

[18] Arndts l. c. Anm. Nr. 3. — Windscheid, Pand. § 169 Note 7.

[19] Arndts l. c. Anm. Nr. 4. — Windscheid l. c. Note 8.

[20] D. fin. reg. 10, 2 l. 13. Wie weit, sagt die l. 13 nicht genau; sie bemerkt bloß, man müsse sich dabei an die Analogie eines Gesetzes von Solon halten, das sie näher anführt. Indeß ist dieses Maß wohl überall durch Lokal-Rechte genau bestimmt.

[21] Über diese Beschränkung s. Beil. I.

[22] Darüber s. Beil. II.

[23] Hierüber s. das Germanicum. — Die Einräumung eines Nothwegs ad sepulcrum findet sich schon in D. de religios. 11, 7 l. 12 pr.; es ist dies aber kein Nachbarrecht.

[24] Über die öffentlichen Flüsse s. oben § 60 (Th. I S. 279).

ein Lokal-Gesetz, was aber selten ist (z. B. Gesetz über Dämme gegen Wassersgefahr), oder durch unvordenkliche Zeit (vetustas), oder in Ermanglung dieser Momente durch die natürliche Lage des Bodens (natura loci)[25]. Der Nachbar, welcher nach diesem Normalzustand der niedere ist, muß stets vom höheren den Zufluß des Regen- und Quell-Wassers dulden (wie er sich durch jene normale Zustände ergiebt) und darf diesen Zulauf nicht zum Nachtheil des höheren durch Anlagen (z. B. Dämme u. dergl.) hindern oder hemmen; es ist dies ein ihm durch die Natur auferlegtes incommodum[26]. Der höhere Nachbar aber darf diesen natürlichen Ablauf (des Wassers) nicht zum Nachtheil des niedern durch irgend eine Anlage so ändern, daß das Wasser in einer andern Richtung oder in einer gesammelten Menge (Guß), oder statt wie bisher von Boden zu Boden, etwa von einem Dache auf das Grundstück des niedriger gelegenen Nachbars herabfällt[27]. Wird gegen diese Grundsätze durch einen Nachbar verstoßen und dadurch das Grundstück seines Nachbars mit Schaden bedroht: so kann der Letztere gegen ihn mit einer persönlichen Klage, mit der actio aquae pluviae arcendae klagen auf Wiederherstellung des alten Zustandes und auf Ersatz des von Anstellung der Klage an eingetretenen Schadens[28]. Für den früher eingetretenen Schaden kann er mit der actio ex lege Aquilia oder auch mit dem interdictum quod vi aut clam (§ 146) Ersatz fordern.

Wird eine solche Änderung durch (außerordentliche) Naturereignisse bewirkt, oder durch einen Dritten, so hat der Beeinträchtigte zwar auch die actio aquae pluviae arcendae gegen den Nachbar, auf dessen Grundstück die Änderung geschah, aber nur dahin, daß dieser ihm gestatte, auf eigene Kosten den alten Zustand wieder herzustellen[29]. Gegen den Thäter selbst aber hat er in diesem Falle die actio ex lege Aquilia oder das interdictum quod vi aut clam auf Ersatz[30].

Das Ausgeführte leidet aber nicht Anwendung auf Änderungen,

---

[25] D. de aqua 39, 3 l. 1 § 23, l. 2 pr. § 1—3, § 8. — Savigny, Syst. IV. 487 ff.
[26] D. l. c. l. 1 § 10. § 13—15. § 22, 23. l. 2 pr.
[27] D. l. c. l. 1 § 1. 10. 13.
[28] D. l. c l. 1 § 1. 13. 18. l. 6 § 6 u. 7. — Arndts § 331.
[29] D. l. c. l. 1 § 23, l. 2 § 5. 6. l. 4 § 2. 3. l. 5. l. 6 § 7.
[30] D. l. c. l. 4 § 2. 3. l. 5. l. 13.

die zum ordnungsmäßigen Anbau des Landes nöthig sind, z. B. auf Furchen durch den Pflug, in welchen dem Nachbar Wasser zufließt[31].

Übrigens kann man natürlich durch Bewilligung des Nachbars oder durch Ersitzung ein Recht auf Änderung des natürlichen Ablaufs des Wassers als Servitut gegen das benachbarte Grundstück erwerben, z. B. wenn ich ein Haus baue und von dessen Dach das Regenwasser in Tropfen (stillicidium) oder gar durch eine Rinne in Güssen (flumen) auf das Grundstück meines Nachbars fallen lassen will, so hat dieser (nach dem Angeführten) es nicht zu dulden; wenn er aber mir zu diesem Zwecke für mein Grundstück gegen das seine eine servitus stillicidii, resp. fluminis recipiendi einräumt, so habe ich nun das Recht dazu für mein Grundstück bleibend als Servitut gegen sein Grundstück erworben[32]. Alles Dieses aber bezieht sich (nur auf Zusenden des Wassers und Verhindern des natürlichen Ablaufs) *nicht* auf *Entziehung* des Wassers. Es kann nämlich der Grundeigenthümer sein Wasser für sich und zu seinem Zwecke behalten, also auch das Wasser, das auf sein Grundstück fällt oder in ihm entspringt oder sonst sich findet, nach Belieben sammeln und den Nachbarn entziehen; namentlich die Quellen, die in seinem Grundstück sich finden, fassen und das Wasser für sich behalten, sollten auch dadurch die Brunnen oder Quellen der Nachbarn versiegen[33]. Nur gilt in dieser Hinsicht wegen der besonderen Rücksichten, welche Nachbarn gegen einander zu nehmen haben, *die Beschränkung*, daß eine solche Entziehung dann unzulässig ist, wenn man dadurch dem Nachbar *bloß* schaden würde, ohne selbst irgend einen Nutzen, wohin aber auch Erhöhung der Annehmlichkeit des Grundstücks gehört, davon zu haben[34].

b. *Bäche* und solche Flüsse, welche im Privateigenthum sein können[35]. Diese gehören *im Zweifel* dem Eigenthümer des Grundstücks, so weit sie durch dasselbe fließen, also das Bett in seinem Grundstück liegt; so weit sie aber die Grenzen zwischen zwei Grundstücken bilden, sind sie, also auch ihr Bett, der Länge nach unter die Anlieger

[31] D. l. c. l. 1 § 3—8. § 15. l. 24 pr.
[32] D. l. c. l. 2 § 10. l. 19. 20. Arndts § 185 Anm. 4.
[33] D. l. c. (39, 3) l. 1 § 11 u. 12; l. 2 § 9; l. 21; de damno inf. 39, 2 l. 24 § 12; Cod. de servit. 3, 34 cst. 16. — Es kann aber der Nachbar sich eine *Servitut* gegen das benachbarte Grundstück bestellen lassen, daß ihm auf demselben das Wasser nicht abgegraben werde (l. 21 cit.).
[34] D. de aqua 39, 3 l. 1 § 11. 12; l. 2 § 5—9.
[35] S. oben § 60 Lit. C. Nr. II 1 und 2 a (Th. I S. 273).

getheilt. Gewöhnlich sind aber an einem solchen fließenden Privatwasser sehr Viele betheiligt, durch deren Grundstücke es fließt, und dann bildet es in gewissen Beziehungen ein gemeines Wasser der verschiedenen Grundeigenthümer. Deßhalb geht hier das Rechtsverhältnis dahin: So weit nach dem Angeführten dem Grundeigenthümer das Bett gehört, kann er jeden Dritten von der Benutzung des Wassers ausschließen und es für sich ausschließlich benutzen, darin fischen u. s. w. Aber der höhere Eigenthümer darf dem niedern (unterhalb liegenden) das Wasser nicht verunreinigen oder verderben[36]. Auch darf er ihm es nicht durch bleibende Einrichtungen ganz entziehen oder wesentlich mindern[37]; ferner darf er nicht den Nachbarn das Wasser, so weit es nicht zum Schutz der Ufer nöthig ist, in einer andern Richtung zuführen, als seine natürliche Strömung mit sich bringt; überhaupt darf Niemand den Zustand ändern, wie er sich seit unvordenklicher Zeit gebildet hat[38].

III. Wenn Sachen eines Andern durch Zufall auf ein fremdes Grundstück kommen (z. B. durch Einstürzen eines Gebäudes): so kann Derjenige, von dem die Sachen herrühren, gegen den Eigenthümer des Grundstücks mit einer actio ad exhibendum dahin klagen, daß ihm gestattet werde, die Sachen zu holen. Nur hat der Eigenthümer des Grundstücks an den Sachen ein Retentionsrecht, bis ihm der Kläger den Schaden ersetzt, den ihm die Sachen zugefügt haben[39]. Wenn aber der Eigenthümer seine Sachen nicht holen und den Schaden nicht ersetzen will, so kann der Grundeigenthümer verlangen, daß durch richterlichen Spruch die Sachen als derelinquirt ihm zugesprochen werden[40].

Beilage I. Nachbarrechtliche Beschränkungen bei Bäumen:

A. Abgesehen von der Verpflichtung des Grundeigenthümers, die Bäume, welche er pflanzen will, in einer gewissen Entfernung von der Grenze zu setzen (D. 10, 1 fin. regund. l. 13), ist derselbe bei Bäumen noch einigen anderen

---

[36] D. de aqua 29, 3 l. 3 pr.

[37] Argum. D. de servit. praed. rust. 8, 3 l. 17.

[38] D. de aqua 39, 3 l. 1 § 13. Vgl. Funcke im Arch. für civ. Prax. Bd. 12 S. 279 f. und S. 439 f. — Was Arndts l. c. in der Anm. von Nr. 9 an sagt, gehört nicht hierher (vgl. Arndts § 328 und unten § 133).

[39] D. de damno inf. 39, 2 l. 7 § 2; l. 9 § 1. 3; ad exhib. 10, 4 l. 9 § 1 l. 11 § 4 und 5.

[40] Dies sagt D. de damno inf. 39, 2 l. 7 § 2 a. E. wenigstens von eingefallenen Gebäuden. Nach römischem Recht konnte er auch bei einem eingefallenen Gebäude die area als derelinquirt ansprechen, außer er hätte es aus Nachlässigkeit unterlassen, sich die cautio damni infecti vorher bestellen zu lassen.

Beschränkungen unterworfen, über deren nähere Bestimmung aber viel Streit ist. Sie betreffen Folgendes:

I. Verhältnis zu benachbarten Feldgrundstücken. Darüber ist in D. 43, 27 de arborib. caedend. l. 1 § 7 gesagt: Quae arbor ex agro tuo in agrum illius impendet, si per te stat, quominus pedes quindecim a terra eam altius coërceas, tunc quominus illi ita coërcere lignaque sibi habere liceat, vim fieri veto. Diesem wird in § 8 beigefügt, daß auch schon das Gesetz der XII Tafeln efficere voluit, ut quindecim pedes altius rami arboris circumcidantur; et hoc idcirco effectum est, ne umbra arboris vicino praedio noceret, und dann wird in § 9 von diesem Falle (im Gegensatze zum Abhauen des ganzen Baumes s. Nr. II) gesagt, das Edikt schreibe vor, si arbor . . agro impendeat, tantum usque ad quindecim pedes a terra coërceri. Diese Bestimmungen werden

1) von der herrschenden Ansicht auf den Fall des Überhangs bezogen und dahin verstanden: gegen den allgemeinen, in der Natur des Grundeigenthums liegenden Grundsatz, nach welchem Niemand verbunden ist, zu dulden, daß ein fremder Gegenstand in die Luftschicht über seinem Grundstücke hereinrage, müsse der Eigenthümer eines Gartens, Ackers, ꝛc. den Überhang der Äste der Bäume des benachbarten Grundstückes bis auf einen gewissen Grad sich gefallen lassen: der Baueigenthümer sei zwar verbunden, seine Äste, die über das benachbarte Grundstück hineinragen, bis zu 15 Fuß abzuschneiden, aber weiteren Überhang müsse der Grundeigenthümer dulden. — Die Vertheidiger dieser herrschenden Ansicht sind aber unter sich darüber sehr im Streit, ob die Verbindlichkeit, die Äste abzuschneiden, auf die ersten 15 Fuß, von der Erde angerechnet, oder auf die Äste, die höher als 15 Fuß von der Erde an stehen und hinüberragen, sich bezieht. Nach der ersteren Auffassung, welche die Meisten theilen, würde also der Eigenthümer des Feldgrundstückes den Überhang aller Äste, welche höher als 15 Fuß am Baume sitzen, sich gefallen lassen müssen und könnte nur verlangen, daß die Äste, welche auf den unteren oder ersten 15 Fuß von der Erde an am Baume stehen, so weit sie überhängen, beschnitten werden. Nach der zweiten Auffassung dagegen hätte der Grundeigenthümer den Überhang auf den ersteren unteren 15 Fuß zu dulden und könnte nur die Beseitigung der überhängenden Äste, welche höher als 15 Fuß von der Erde an am Baume stehen, fordern; vgl. Arndts § 347 Anm. 3, Bangerow Pandekten § 297 Nr. 4.

2) Allein es ist sehr die Frage, ob überhaupt die betreffende Bestimmung auf den Überhang zu beziehen ist. Es spricht dagegen theils das Bedenken, daß nicht einzusehen ist, wie ein solcher Eingriff in das Eigenthumsrecht, der in jedem fremden Überhange in oder über unser Grundstück liegt, sich rechtfertigen soll, theils und besonders der Umstand, daß nach jener Ansicht der Eigenthümer eines Feldgrundstückes einer Beschränkung unterliegen würde, welcher der Eigenthümer einer area, z. B. eines Hofraumes, Abladeplatzes ꝛc. nicht unterliegt. Der Letztere hat gar keinen Überhang des benachbarten Baumes zu dulden (denn die betreffenden Stellen sprechen bloß von ager, nicht von einer area; es bleibt daher bei der Letzteren bei dem allgemeinen Grundsatze, daß der Grundeigenthümer etwas Fremdes, in sein Grundstück Hineinragendes nicht zu dulden hat l. 8 § 5 D. si serv. vind. 8, 5), während der Eigenthümer eines Feldgrundstücks nach der herrschenden Ansicht den Überhang bis auf einen gewissen Grad zu dulden haben soll, obgleich dem Landbau ein solcher Überhang weit nachtheiliger ist. Endlich würden nach der herrschenden Ansicht die betreffenden Bestimmungen lediglich als zum Vortheil des Baumeigenthümers gegeben erscheinen, da er nach ihr gegen die allgemeinen Grundsätze seine Äste wenigstens theilweise über das fremde Grundstück hineinragen lassen dürfte, während nach den Quellen sie lediglich zum Vortheil des Nachbars dienen sollen, ne umbra arboris vicino noceret. Durch diese Bedenken wird eine andere Auslegung der angeführten Stellen sehr nahe gelegt. Impendere heißt nicht bloß über-

ragen oder über Etwas hängen, sondern auch gegen Etwas zu hangen oder sich nach Etwas hinbeugen; ferner sprechen die angeführten Stellen nicht von Ästen, die durch Überhang dem benachbarten Grundstücke schaden, sondern von dem schadenden Schatten, den der Baum auf das benachbarte Grundstück wirft und der dadurch, daß bloß das die Grenze überschießende abgeschnitten wird, nicht beseitigt würde; auch geht die Bestimmung pedes XV a terra eam altius coërceas schon ihrem Wortsinne nach mehr auf Äste, die über der Höhe von 15 Fuß stehen, als auf die unten stehenden, und ebenso das coërcere usque ad XV pedes a terra mehr auf ein Auslichten von oben herunter bis zu 15 Fuß von der Erde an, als auf ein Kappen von unten, von der Erde an bis zu einer Höhe von 15 Fuß. Hiernach dürfte die, auch von den Basiliken LX, 16 cap. 13 § 7 sq. und Paulus Rec. sent. V, 6 § 13 unterstützte, von Hugo Rechtsgeschichte 11. Ausgabe 204 vertheidigte Ansicht (welche aber von Manchen, auch von Bangerow und Arndts a. O. nicht richtig gegeben wird) das Meiste für sich haben; nach ihr hat der Nachbar gar keinen Überhang der Äste zu dulden, mögen sie über oder unter 15 Fuß von der Erde an herüberhängen; der Baumeigenthümer aber hat sogar auch die nicht überhängenden Äste, falls sie unter 15 Fuß Höhe stehen, zu lichten und einzuschneiden, wenn sie durch ihre Dichtigkeit dem benachbarten Grundstücke nachtheilig sind. Vergl. auch Sintenis Civilrecht 2. Ausgabe I § 47 S. 477, welcher derselben Ansicht zu sein scheint, und besonders v. Koch in v. Loehrs Magazin für Rechtswissenschaft Bd. IV Heft 3 (1828) S. 336 f. (dessen Ausführung gegen die herrschende Ansicht mehr beachtet zu werden verdiente, als es von den Späteren geschah; nur fehlt Koch darin, daß er meint, die Verbindlichkeit des Baumeigenthümers, auch nicht überhängende Äste einzuschneiden und zu lichten, werde von den Quellen davon abhängig gemacht, daß wenigstens ein Ast überhänge; die Quellen sagen dies nicht, und es würde mehr als sonderbar sein). — Hiernach bildet die betreffende Bestimmung nicht eine Beschränkung des benachbarten Grundeigenthümers, sondern eine Beschränkung des Baumeigenthümers; siehe auch Nr. III. Indessen ist von den meisten Landesrechten die Frage entschieden. So bestimmt z. B. das Sächsische Gesetz-Buch § 362, übereinstimmend mit altem sächsischen Recht, daß der Grundeigenthümer einen Überhang von fremden Bäumen gar nicht zu dulden hat, wogegen es von der anderen Seite mit Recht dem Baumeigenthümer eine Verbindlichkeit zum Abschneiden und Lichten von Ästen, so weit sie nicht überhängen, nicht auferlegt.

II. Verhältnis zu benachbarten Gebäuden. Die l. 1 pr. § 1—5, § 9 D. de arb. caed. sagt: Wenn ein Baum oder Weinstock aedibus alienis impendeat: so könne der Eigenthümer des Gebäudes verlangen, daß der ganze Baum oder Weinstock von unten an abgeschnitten werde. Auch Dieses bezieht die herrschende Meinung bloß auf den Fall des Überhangs, indem sie annimmt, daß das Angegebene nur dann gelte, wenn der Baum oder seine Äste über das Gebäude hineinragen. Allein es würde doch schwer zu erklären sein, warum, wenn z. B. ein einzelner Ast überhängt, dann der ganze Baum a stirpe weggehauen werden müßte. Man wird vielmehr auch hier das impendere in dem unter I, 2 bezeichneten Sinne nehmen, also die Bestimmung dahin auslegen müssen, daß, wenn ein Baum oder Weinstock so nahe an einem fremden Gebäude steht, daß er ihm schadet (s. auch l. 1 § 2 eod. »cui arbor officeret«), derselbe weggehauen werden müsse. Der gleichen Ansicht scheint auch hier Sintenis Civilrecht I § 47 Note 26 zu sein. Übrigens enthalten die Partikularrechte auch über diesen Punkt meist besondere Bestimmungen. So bestimmt auch hier das Sächsische Gesetzbuch Dasselbe, was es überhaupt vom Überhange festsetzt (Nr. I a. E.), d. h. der Nachbar hat auch in diesem Falle gar keinen Überhang zu dulden, aber er kann nicht mehr verlangen, als daß das Überhängende abgeschnitten werde.

III. In allen diesen Fällen (Nr. I und II) ist ausnahmsweise Selbsthilfe gestattet, d. h. wenn der Baumeigenthümer Das, was er nach dem Angeführten abzuschneiden hat, auf Anfordern des Nachbars nicht selbst abschneidet: so kann

der beeinträchtigte Nachbar den Baum oder die betreffenden Zweige selbst abschneiden und das Holz sich aneignen. Er hat zu diesem Zwecke, wenn ihn der Baumeigenthümer daran verhindern will, ein interdictum de arboribus caedendis, D. l. c. l. 1 pr. § 2, 6, 7. Will der Nachbar von diesem Rechte zur Selbsthilfe keinen Gebrauch machen: so kann er den Eigenthümer des Baumes mit der actio negatoria zu dem erforderlichen Abschneiden anhalten, in welchem Falle aber dann diesem das Holz verbleibt. (Nach dem Sächsischen Gesetzbuch § 362 hat der Grundeigenthümer mit Recht geradezu die Wahl, ob er den Überhang selbst abschneiden oder den Baumeigenthümer dazu mit einer Klage anhalten will; in beiden Fällen aber gehört das abgeschnittene Holz dem Baumeigenthümer.)

IV. So wenig der Nachbar überhaupt einen Überhang zu dulden verbunden ist, so wenig hat er Wurzeln eines fremden Baumes, die in sein Grundstück sich erstrecken, zu dulden. Er kann auf Abschneiden derselben gegen den Baumeigenthümer klagen, D. 47, 7 arb. furt. caes. l. 6 § 2, und nach C. 8, 1 de interd. ost. 1, welche hier das interd. de arb. caedend. analog für anwendbar erklärt, muß er sie auch nöthigenfalls selbst abschneiden dürfen. (Das Sächsische Gesetzbuch bestimmt mit Recht, daß er den Baumeigenthümer nicht zum Abschneiden der Wurzeln anhalten, sondern nur selbst sie abschneiden kann, die abgeschnittenen Wurzeln aber ihm gehören.)

Beilage II. Früchte, welche von einem Baume auf das Grundstück des Nachbars fallen, verbleiben im Eigenthume des Baumeigenthümers (außer, wenn an dem Grundstück, auf welchem der Baum steht, einem Anderen ein Emphyteutrecht zusteht oder es im Besitz eines bonae fidei possessor ist; denn dann werden Diese durch die Separation Eigenthümer der Frucht; D. 22, 1 de usur. l. 25 § 1 a. E., vgl. unten § 136 Beil.). Eignet sie sich der Nachbar an: so kann der Fruchteigenthümer von ihm mit der actio ad exhibendum die Herausgabe der Frucht, beziehungsweise Ersatz verlangen, D. 10, 5 ad exhib. l. 9 § 1. Der Nachbar unterliegt aber hier noch der besonderen Beschränkung, daß er das Betreten seines Grundstücks und das Holen der Früchte dem Eigenthümer derselben gestatten muß; der Letztere hat zu diesem Zwecke ein interdictum de glande legenda gegen den Nachbar. Aber der Fruchteigenthümer hat nur das Recht, tertio quoque die die Früchte zu holen; D. l. c. 43, 28 de glande legend. l. un. Früher wurde dies meist dahin ausgelegt, er dürfe jede abgefallene Frucht selbst noch am dritten Tage, aber nicht später, also drei Tage lang holen. Allein diese offenbar unrichtige Ansicht, welche zu Ungereimtheiten führen würde, ist in den neueren Zeiten, namentlich seit sie von Thibaut Civilistische Abhandlung 1814 S. 2 ff. treffend widerlegt wurde, wohl allgemein aufgegeben (nur Gesterding Eigenthum S. 29 vertheidigte sie noch). Der Sinn des tertio quoque die ist vielmehr: Der Nachbar soll nicht gar zu oft überlaufen werden und deßhalb dürfe der Eigenthümer der Früchte nur je am dritten Tage kommen und sie holen. Dabei wird aber auch in unseren Zeiten noch viel darüber gestritten, wie hier zu rechnen sei, d. h. ob bei dem tertio quoque die der erste Tag nicht mit eingerechnet werde, so daß also stets zwei Tage freigelassen werden müßten, in denen der Eigenthümer nicht kommen darf, oder ob der erste Tag einzurechnen sei, so daß der Eigenthümer je nur einen Tag freizulassen habe, also je um den andern Tag kommen dürfe. Für das Letztere sprechen nicht nur sachliche Gründe (denn nach der ersteren Ansicht müßte man häufig die abgefallene Frucht mehr als zwei Tage lang im Freien liegen lassen), sondern entschieden auch sprachliche Gründe, indem der Sprachgebrauch der Römer bei Bezeichnung von Zeiträumen durch Ordinalzahlen nicht ein schwankender genannt werden kann, wie Viele annehmen, auch Bangerow Pandekten I § 297 Nr. 3 und Savigny Syst. IV S. 602 ff. (der aber doch S. 615, 616 zugiebt, daß die erstere Rechnungsweise die gewöhnlichere gewesen sei), sondern sie den Zeitraum (Tag, Jahr ꝛc.), von welchem die Zählung ausgeht, als Nr. 1 mitzählen; s. hierüber bes. Bachoven in der Gießener Zeitschrift von Linde ꝛc. Bd. XVIII S. 47—50 S. 51 ff. Auch über solche übergefallene Früchte enthalten viele Partikularrechte mit Recht andere Bestimmungen; so gilt namentlich in den Ländern sächsischen Rechts der Grundsatz,

daß solche Früchte dem Eigenthümer des Grund und Bodens, auf den sie gefallen sind, gehören. Diesem folgt auch das Sächsische Gesetzbuch § 363.

Die Veräußerungsverbote.

§ 120.

(Arndts § 132.)

In manchen Fällen ist der Eigenthümer in der Veräußerung seiner Sache beschränkt oder ihm das Recht dazu entzogen. Diese Veräußerungsverbote sind aber nicht eigentlich objektive Beschränkungen des Eigenthums, sondern subjektive Beschränkungen des dermaligen Eigenthümers oder seines Vertreters und zwar in der Regel nur in gewissen vorübergehenden Verhältnissen. Die Veräußerung einer Sache kann nämlich untersagt sein

I. durch ein Gesetz (gesetzliche Veräußerungsverbote). Dahin gehören folgende Fälle:

1) Der Besitzer einer Sache darf sie, wenn und so lange sie res litigiosa ist, nicht veräußern[1].

2) Dem Ehemann ist in der Regel die Veräußerung des fundus dotalis untersagt[2].

3) In der Regel ist die Veräußerung der bona adventitia der Hauskinder, die der Hausvater in Verwaltung hat, untersagt[3].

4) Sachen eines Bevormundeten dürfen in der Regel nicht veräußert werden[4].

5) Wenn Jemand seine (eine ihm gehörige) Sache einem Dritten ex die certo vermacht, so wird der Erbe bis zum dies Eigenthümer, darf aber die Sache nicht veräußern[5].

6) Wer sich von einem Proceß wegen einer Sache bedroht sieht, darf sie nicht iudicii mutandi causa veräußern[6].

Gewöhnlich sagt man, wenn gegen ein solches gesetzliches Verbot doch veräußert werde, so sei die Veräußerung null und nichtig.

---

[1] Eine solche Sache darf der Besitzer nur mit Genehmigung des Gegners veräußern, vgl. oben § 110 Beil. Lit. A. (Th. I S. 558).

[2] Vgl. Arndts § 402.

[3] Arndts § 432 bei Note f. und g.

[4] Vgl. Arndts § 457. — Auch der minor, welcher veniam aetatis erhielt, darf nicht ohne Dekret veräußern.

[5] Darüber s. das Erbrecht. — War die Sache unbetagt und unbedingt vermacht, so gehört sie dem Erben gar nicht.

[6] S. oben § 110. Beil. Lit. B. II (Th. I S. 561).

Allein dies ist zu allgemein. Denn im Fall von Nr. 1 ist die Veräußerung bloß anfechtbar und im Fall von Nr. 6 ist sie nicht einmal anfechtbar, sondern begründet bloß eine Ersatzklage[7]. In den übrigen angeführten Fällen aber ist allerdings die Veräußerung nichtig[8].

Dabei ist aber noch zu bemerken:

a. Sachen, deren Veräußerung verboten ist, darf man nicht verwechseln mit den res extra commercium[9]. Jene stehen nämlich ja im Privateigenthum und können auch von anderen Privaten ins Eigenthum erworben werden, z. B. durch Beerbung, durch außerordentliche Ersitzung und sind nur in gewissen (vorübergehenden) Verhältnissen und unter gewissen Modifikationen der Übertragung unter Lebenden, der Veräußerung entzogen.

b. Ein Minderjähriger, ein Geisteskranker, ein prodigus kann Nichts gültig veräußern[10]. Dies ist aber bloß eine persönenrechtliche Beschränkung, die daher nicht auf seine Nachfolger in der Sache übergeht, und die auf alle seine Rechte sich bezieht. Das Eigenthum an den Sachen, die ihm gehören, ist hier an sich nicht beschränkt und wenn er daher stirbt, so trägt er veräußerliches Eigenthum auf seinen Erben über (weil personenrechtliche Beschränkungen sich nicht vererben); und wenn der Minderjährige volljährig, der Geisteskranke gesund werden, sind sie freie Eigenthümer.

II. Die Veräußerung kann untersagt sein durch richterliche Inhibition[11], richterliches Veräußerungsverbot. Wird gegen ein solches (richterliches Veräußerungs-)Verbot gefehlt, so ist die Veräußerung nichtig[12].

III. Durch letzten Willen, sog. testamentarisches Veräußerungsverbot[13].

IV. Durch Vertrag zwischen den Parteien, vertragsmäßiges Veräußerungsverbot. Ein solcher Vertrag (wenn er überhaupt gültig ist) kann nur eine Obligation zwischen den Parteien begründen.

---

[7] S. oben § 110 Beilage (Th. I S. 559. 561).

[8] Über die Bedeutung und Folgen dieser Nichtigkeit s. oben § 84 Nr. I. III. IV, 2 (Th. I S. 421 ff.).

[9] Vgl. oben § 60 Beil. I (Th. I S. 274).

[10] S. oben § 48, 49. (Th. I S. 215. 228 f.).

[11] So z. B. in dem oben in § 110 Beil. Lit. A. V a. E. (Th. I S. 560) angeführten Fall. — Das Nähere hierüber gehört in den Civilproceß.

[12] In der in § 84 Nr. I (Th. I S. 421) ausgeführten Weise.

[13] Das Nähere hierüber kann nur im Erbrecht ausgeführt werden.

Wenn daher Derjenige, der die Nichtveräußerung seiner Sache zusagt, sie dennoch an einen Dritten veräußert, und ihm tradirt, so verletzt er allerdings seine Obligation gegen Den, dem er die Nichtveräußerung zusagte und hat ihn deßhalb zu entschädigen, die Veräußerung selbst aber kann der Letztere in keiner Weise angreifen, sie ist ganz gültig und das Eigenthum geht auf den Dritten über.

Beilage.

Wenn Jemand durch Vertrag sich verpflichtet, seine Sache nicht zu veräußern (pactum de non alienando): so entsteht

I. zunächst die Frage, ob ein solcher Vertrag überhaupt gültig ist. Diese Frage ist durchaus zu bejahen, vorausgesetzt, daß die Partie, welcher die Nichtveräußerung versprochen wurde, irgend ein nachweisbares rechtliches Interesse, daß nicht veräußert werde, hat, z. B. wenn ich einen Theil meines Grundstücks veräußere, mir aber vom Erwerber ausbedinge, daß er es nicht an Dritte veräußern dürfe, sondern, wenn er es je wieder veräußern wolle, es mir um einen durch Schätzer zu bestimmenden Preis zu überlassen habe; D. 19, 1 de A. E. V. l. 21 § 5; 18, 1 de C. E. l. 75; C. 4, 54 de pact. int. emt. est. 9. Liegt ein solches Interesse nicht vor: so ist der Vertrag ganz bedeutungslos und daher unverbindlich, D. 2, 14 de pact. l. 61. Nur ist dabei zu beachten, daß auch, wenn Der, dem die Nichtveräußerung versprochen wurde, an derselben an sich kein Interesse hat, doch indirekt der Vertrag für ihn ein Interesse bekommen und deßhalb gültig sein kann, nämlich a. wenn Derjenige, welcher sich zur Nichtveräußerung verpflichtet, für den Fall der Übertretung seiner Verpflichtung dem Anderen eine Konventionalstrafe zu zahlen versprach. Hier kann dann der Promissar im Falle der Veräußerung auf Zahlung der Strafe gegen den Veräußerer klagen; vgl. auch D. 11, 7 de relig. l. 11. b. wenn ein Schenker dem Beschenkten die Nichtveräußerung der geschenkten Sache vertragsmäßig zur Pflicht macht; denn dies ist ein Modus, wegen dessen Nichterfüllung der Schenker die Schenkung zu widerrufen das Recht hat; C. 4, 6 de condict. ob. caus. dat. cst. 3.

II. Ist nach dem Angeführten der über die Nichtveräußerung geschlossene Vertrag gültig abgeschlossen worden: so entsteht noch die Frage, welche Wirkungen ein solcher Vertrag habe. Nach allgemeinen Grundsätzen kann die Antwort nicht zweifelhaft sein. Durch einen solchen Nichtveräußerungsvertrag verpflichtet sich allerdings Derjenige, der die Nichtveräußerung zusagt; er kontrahirt eine Obligation; aber diese Obligation verpflichtet, wie jede Obligation, bloß ihn, seine Person und seine Universalnachfolger; keineswegs wird dadurch die Sache selbst, deren Nichtveräußerung er zusagte, belastet oder sein Eigenthum an der Sache ein gemindertes oder beschränktes. Er verliert daher auch nicht die Fähigkeit, das Eigenthum der Sache gültig auf Andere zu übertragen. Hieraus folgt: wenn er den Vertrag übertritt und die Sache an einen Dritten veräußert und sie diesem übergiebt: so geht auf diesen das Eigenthum der Sache über; Derjenige aber, dem die Nichtveräußerung zugesagt war, hat bloß gegen den Veräußerer eine Klage aus jener Obligation, also in den unter I a, b angeführten Fällen die dort angeführten Klagen, in den übrigen Fällen eine Klage auf Ersatz seines Interesses.

Zwar war unter den Älteren die Ansicht sehr verbreitet, in dem Falle wenigstens, wenn der Eigenthümer seine Sache veräußere und dabei sich vom Erwerber die Nichtveräußerung zusagen lasse, dieser aber doch die Sache weiter veräußere, sei die letztere Veräußerung nichtig und der frühere Eigenthümer könne die Sache von jedem Besitzer vindiciren. Allein diese Ansicht ist entschieden falsch und jetzt auch wohl von allen Schriftstellern verworfen; vergl. u. A. Mühlenbruch Cession 3. Ausg. S. 325 f., Lauk in der Gießener Zeit-

schrift V S. 13 f., Bangerow Pand. § 299 Nr. 4, c., Pagenstecher Lehre vom Eigenthum I S. 59 (auch Thibaut, welcher sie früher theilte, verwarf sie in der 8. Ausgabe seiner Pandekten § 730 bei Note m). Die römischen Quellen geben in solchen Fällen Dem, welchem die Nichtveräußerung zugesagt wurde, bloß eine persönliche Klage aus dem über die Nichtveräußerung geschlossenen Vertrag gegen seinen Kontrahenten (s. die Stellen unter Nr. I); keine Stelle erklärt die gegen den Vertrag geschehene Veräußerung für nichtig (auch nicht die cst. 7 C. 4, 51 de reb. alien. und die cst. 9 C. 4, 54 de pact. int. emt.; denn die erstere erklärt bloß, was unter alienatio zu verstehen sei, und die cst. 9 sagt bloß, daß ein pactum de non alien. gültig sei), und auch die allgemeinen Grundsätze sind, wie gezeigt wurde, dagegen. Überdies ist gar nicht einzusehen, wie denn der frühere Eigenthümer, dem von seinem Kontrahenten die Nichtveräußerung zugesagt wurde, eine Vindikation gegen Dritte bekommen, d. h. wie der vom Kontrahenten begangene Vertragsbruch die Wirkung haben solle, daß die an ihn geschehene Übertragung des Eigenthums rückwärts nichtig werde und das Eigenthum an Denjenigen, dem er die Nichtveräußerung zusagte, wieder zurückfallen solle! Endlich wird jene Ansicht noch durch folgendes Argument entschieden widerlegt: Verkauft Jemand seine Sache, hat sie aber noch nicht tradirt: so ist er zwar derzeit noch Eigenthümer der Sache, aber durch den Verkauf verpflichtet, dem Käufer die Sache zu tradiren, sie also nicht an einen Dritten zu veräußern; veräußert er sie aber dennoch an Dritte: so ist nach C. 4, 39 de hered. vend. cst. 6 die Veräußerung ganz gültig, das Eigenthum geht auf den Dritten über und der Käufer hat bloß eine Ersatzklage gegen ihn (vendendo eas aliis dominium transferre potuit: sed quoniam contractus fidem fregit, ex emto actione conventus, quanti tua interest, praestare cogitur).

Dabei ist aber noch zu bemerken:

a. Manche behaupten, wenn der Dritte, an welchen die Sache veräußert wurde, gewußt habe, daß sein Veräußerer sich gegen einen Anderen zur Nichtveräußerung verpflichtet habe: so könne der Letztere gegen den Dritten wegen dolus klagen; so z. B. Glück Pandekt. XVI S. 66. Allein auch dies ist unrichtig; denn jener Dritte machte sich eines dolus gegen den Anderen, dem die Nichtveräußerung zugesagt war, keineswegs schuldig, da Derjenige, welcher kontrahirte, sein Eigenthum zu übertragen an sich fähig und befugt war, und die obligatorischen Verpflichtungen, welche dieser gegen einen Anderen kontrahirt hatte, den Dritten in keiner Weise binden, er also auch dadurch, daß er sich um jene Obligation zwischen dem Veräußerer und Dem, welchem dieser die Nichtveräußerung versprach, Nichts kümmerte, gegen den Letzteren einen dolus nicht begehen konnte. S. auch Lauk a. a. O. S. 18.

b. Manche behaupten, wenn Derjenige, welchem die Nichtveräußerung zugesagt war, sich für den Fall der Übertretung der Zusage ein Pfandrecht an der betreffenden Sache habe bestellen lassen: so erlange er dadurch, wenn nun doch die Sache an einen Dritten veräußert werde, eine Klage gegen diesen Dritten auf Herausgabe der Sache; z. B. Glück a. a. O. S. 67. Allein auch Dieses ist unrichtig: auch in einem solchen Falle kann er sich wegen der Veräußerung an sich nach dem Ausgeführten nur an den Veräußerer halten. Dieser ist ihm zum Ersatz des Interesses verpflichtet; für dieses Interesse allein haftet ihm die verpfändete Sache als Pfand; aus diesem Grunde hat er allerdings gegen den Dritten eine actio hypothecaria zum Zweck der Realisirung seines Pfandrechts, welcher aber der Dritte (vgl. Arndts § 378 Note k) durch Zahlung des Betrags jenes Interesses sich entziehen kann.

c. Wenn der Eigenthümer einer Sache bei Veräußerung derselben sich vom Erwerber ausbedingt, daß er sie nicht weiter veräußere, und dieses Veräußerungsverbot als Resolutivbedingung dem Veräußerungsvertrag beifügt, also die Partieen dahin übereinkommen, daß die Übertragung der Sache sich wieder auflösen solle, sobald der Empfänger sie veräußern würde: so kann allerdings der veräußernde Eigenthümer mit einer Vindikation

von jedem Dritten die Sache zurückfordern, sobald der Paciscent sie weiter veräußern würde. Dies ist aber lediglich eine Wirkung der Resolutivbedingung, durch deren Eintritt das Eigenthum der veräußerten Sache von selbst an den ersten Veräußerer, der sie unter dieser Bedingung weggegeben hatte, zurück fällt.

III. Sehr bestritten ist die Frage, ob, wenn ein Pfandgläubiger mit dem Verpfänder verabredet, daß Dieser die verpfändete Sache nicht veräußern dürfe, nicht wenigstens in diesem Falle eine vom Verpfänder dennoch vorgenommene Veräußerung nichtig sei. Vgl. die Anführungen bei Glück Komment. XVI S. 54 f., Vangerow Pand. I § 299 Nr. 4, 4 b., Arndts § 132 Anm. 2, und nun besonders Boecking Pand. II § 158 S. 193—196.

Viele bejahen diese Frage, namentlich auch Vangerow a. a. O., unter Berufung auf D. 20, 5 de distr. pig. l. 7 § 2. Würde in dieser Stelle die Veräußerung in einem solchen Falle für nichtig erklärt: so würde sie (was auch Vangerow zugiebt) eine sehr anomale Ausnahme von den unter Nr. II ausgeführten Grundsätzen enthalten. Es läßt sich aber nicht annehmen, daß sie eine solche Anomalie festsetzen wollte, indem sie ihre Entscheidung ganz auf die Natur der Sache gründet und bemerkt, daß darüber gar kein Zweifel sein könne (certum est ꝛc.). Zwar enthält sie wirklich die Anomalie nach dem Texte, wie er in unseren Ausgaben sich gewöhnlich findet. Allein dieser Text ist verdächtig, indem die Manuskripte variiren und in manchen die Schlußworte so lauten: nullam esse pactionem, ut venditioni stetur. Auch spricht der ganze Zusammenhang entschieden dafür, daß sie nicht von einem dem Verpfänder auferlegten Veräußerungsverbot sprechen will, sondern bloß von dem Falle handelt, wenn zwischen Verpfänder und Pfandgläubiger verabredet wurde, der Gläubiger solle die Hypothek oder das in seinen Händen befindliche pignus nicht veräußern dürfen, so daß auch im Anfange der Stelle die Worte creditor und debitor verwechselt sind; denn nur in diesem Falle paßt die in der Stelle aufgeworfene und bejahte Frage, ob ein solches pactum nicht contra ius sei (weil das Versprechen des Pfandgläubigers, von seinem Veräußerungsrecht keinen Gebrauch machen zu wollen, mit der Natur des ihm eingeräumten Pfandrechts in direktem Widerspruch stehen würde; eine solche Verabredung benimmt ihm nicht das Veräußerungsrecht, ist also in so fern null und hat nur die Wirkung, daß der Gläubiger bei der Veräußerung gewisse Fristen beobachten muß, Arndts § 375 Note s, Dernburg Pfandrecht S. 87 f.). So sagt daher die ganze Stelle einfach folgendes: es fragt sich, ob, wenn der Schuldner sich vom Pfandgläubiger ausbedingt, er solle nie von seinem Pfandveräußerungsrecht Gebrauch machen, dies nicht contra ius sei, und allerdings hat es gar keinen Zweifel, daß ein solches pactum so weit es die Veräußerung hindern soll, Nichts gilt, weil es gegen die Natur des Pfandrechts streiten würde, und wenn daher der Gläubiger dennoch (natürlich ordnungsmäßig, also unter Beobachtung der vorgeschriebenen Termine) veräußert: so ist die Veräußerung ganz gültig. Vgl: besonders nun auch Boecking a. a. O., Puchta Pandekten und Vorlesungen § 145 und in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft XII S. 220 f. Dagegen will nun wieder Pagenstecher a. a. O. die gewöhnliche Lesart beibehalten und die Stelle von einem Afterpfand verstehen, das der Schuldner an Sachen, die ihm sein Schuldner verpfändet habe, stillschweigend durch den Nichtveräußerungsvertrag seinem Gläubiger einräume. Allein dadurch wird der Stelle offenbar Zwang angethan; sie spricht bloß von der Veräußerung eines vom Schuldner dem Gläubiger bestellten, nicht eines diesem Schuldner von einem Dritten bestellten Pfandes. — Hiernach bleibt es, wenn der Verpfänder die Nichtveräußerung seiner verpfändeten Sache dem Gläubiger zusagt, durchaus bei den unter Nr. II ausgeführten Grundsätzen, nach welchen, wenn er die Veräußerung dennoch vornimmt, sie gültig ist; er trägt das Eigenthum an der Sache auf den Erwerber über. Wenn Vangerow a. a. O. S. 551 (der 7. Ausg.) als eine wichtige Wirkung der von ihm (mit Unrecht) behaupteten Nichtigkeit der Veräußerung in einem solchen Falle heraushebt, daß der Gläubiger, so fern etwa Konkurs über den neuen Eigenthümer aus-

brechen sollte, die Sache von der Masse vorwegnehmen könne: so ist zu bemerken, theils daß von einem neuen Eigenthümer nicht die Rede sein könnte, wenn die Stelle in einem solchen Falle die Veräußerung für nichtig erklären würde, theils daß dem Gläubiger auch bei Gültigkeit der Veräußerung jenes Recht zusteht, indem er als Pfandgläubiger aus den Zeiten eines früheren Eigenthümers beim Konkurs des neuen Eigenthümers ein Separationsrecht hat (s. Arndts § 385).

Das Miteigenthum und die sogenannten Arten des Eigenthums.

§ 121.

I. Das Eigenthum ist seinem Begriff nach ein ausschließliches Recht in dem Sinne, daß das Eigenthum derselben ganzen Sache oder desselben Theils der Sache nicht zugleich Mehreren zustehen kann. Hat Jemand die rechtliche Herrschaft über die Sache überhaupt, so kann nicht zugleich auch ein Anderer die rechtliche Herrschaft über diese Sache haben — die eine schließt die andere aus. Eine Sache, die ganz mein ist, oder ein Theil der Sache, der ganz mein ist, kann nicht zugleich ganz Dein sein. Es liegt also darin, daß eine Sache mir gehört, von selbst die Negation, daß sie einem Andern gehöre[1]. Aus diesem Satze folgt, daß wenn in einem Proceß (über eine Sache) der Kläger durch das richterliche Urtheil als Eigenthümer der Sache anerkannt wird, eben damit dem Beklagten (gegenüber vom Kläger) das Eigenthum aberkannt ist[2]; ferner: daß die juristischen Thatsachen, durch welche man eine einem Dritten gehörige Sache ins Eigenthum erwerben kann (nicht bloß Eigenthumserwerbsarten, sondern) auch Eigenthumsverlustarten sind; ferner: daß es nicht verschiedene Arten des Eigenthums in dem Sinne geben kann, daß an derselben ganzen Sache zu gleicher Zeit dem Einen das Eigenthum dieser, einem Andern das Eigenthum jener Art zustehe.

II. Zwar wird, was das Letztere betrifft, von vielen Civilisten von verschiedenen Arten des Eigenthums gesprochen; allein:

1) zum Theil beruht dies auf einer Verwechselung der Eigenschaften des Eigenthums mit Arten desselben. Es kann nämlich das Eigenthum ein beschränktes sein oder ein unbeschränktes[3]. Allein

[1] Duorum eiusdem rei dominium in solidum esse nequit. D. commod. 13, 6 l. 5 § 15.

[2] D. de exc. rei iud. 44, 2 l. 30 § 1 med.

[3] Vgl. § 119.

dies heißt nicht: dieſelbe Sache könne im beſchränkten Eigenthum des Einen ſein und zugleich im unbeſchränkten eines Andern; denn durch das Letztere würde ja das Erſtere völlig ausgeſchloſſen; ſondern es heißt bloß ſo viel: wenn ich Eigenthümer einer Sache bin (ſie mir alſo ganz gehört): ſo kann mein Eigenthum ein beſchränktes ſein, z. B. wenn ein Dritter eine Servitut daran hat; oder kann es ein unbeſchränktes ſein, wenn keine dingliche Laſt darauf liegt. Aber es kann nicht ein Dritter zu gleicher Zeit auch Eigenthümer der ganzen Sache ſein. Hiervon bildet es auch keine Ausnahme, daß eine Sache zu gleicher Zeit im ſog. dominium directum des Einen und im dominium utile eines Andern ſtehen kann. Denn das Letztere iſt gar kein Eigenthum, ſondern nur ein ſehr ausgedehntes ius in re aliena; Eigenthümer iſt in einem ſolchen Falle nur der ſog. dominus directus und zwar ein beſchränkter[4].

2) Manche[5] führen als beſondere Arten des Eigenthums auf: das Miteigenthum und das fingirte oder publicianiſche Eigenthum. Allein das Miteigenthum iſt nicht eine beſondere Art (mit beſonderer Natur), ſondern nur ein beſonderer Fall des Eigenthums, nämlich das Eigenthum an einem ideellen Theil der Sache (ſ. Nr. III). Das ſog. fingirte Eigenthum aber iſt gar kein Eigenthum[6].

3) Möglich iſt es allerdings, daß eine Geſetzgebung verſchiedenen Perſonen zu gleicher Zeit an derſelben ganzen Sache Eigenthum beilegte. Allein Dieſes würde eine große Anomalie und eine Alterirung des Eigenthumsbegriffs ſein. Es würde dann doch der eine dieſer Eigenthümer die Konſequenzen der rechtlichen Herrſchaft über die (ganze) Sache gegen Außen, gegen Dritte geltend machen; aber nicht gegen den andern Eigenthümer, mit dieſem würde er die Herrſchaft über das Ganze in irgend einer Weiſe theilen müſſen, und nur gegen Außen, gegen Dritte könnte ſich Jeder als Eigenthümer des Ganzen geriren. — Etwas dieſer Art ſoll nach der Anſicht vieler Germaniſten das deutſche Recht kennen; ſie bezeichnen das Verhältnis durch Geſammteigenthum[7]. Ein Verhältnis ähnlicher Art kannte wirklich das römiſche Recht. In den

---

[4] S. § 163.
[5] z. B. Bangerow Pand. § 303 ff.
[6] S. § 144.
[7] Darüber ſ. das Germanicum.

ältesten Zeiten anerkannte der römische Staat mit Recht nur Ein Eigenthum, dessen aber nur ein römischer Bürger fähig war; es hieß deßhalb dominium ex iure Quiritium, oder weil es im alten ius civile anerkannt war: dominium civile, von uns als sog. quiritarisches Eigenthum bezeichnet. Im Laufe der Republik aber, besonders bei dem steigenden Verkehr mit den Peregrinen bildete sich neben diesem quiritarischen Eigenthum eine Art Eigenthum, das die Römer bezeichneten durch: in bonis habere und welches von uns durch dominium bonitarium oder naturale bezeichnet wird; ein Unterschied, nach dem sich auch die Erwerbsarten des Eigenthums theilten in acquisitiones civiles und naturales. Es war hiernach möglich, daß eine und dieselbe Sache ganz zu gleicher Zeit im quiritarischen Eigenthum einer Person und im bonitarischen einer andern stand. Allein es war dies im Resultat eben eine Art Theilung der Eigenthumsrechte, bei welcher allmählich der bonitarische Eigenthümer beinahe alle im Eigenthum begriffenen Rechte erhielt und am Ende dem bloßen quiritarischen Eigenthümer, wenn neben ihm ein Anderer das bonitarische Eigenthum der Sache hatte, beinahe Nichts als der Name eines Eigenthümers (nudum ius Quiritium) übrig blieb. Justinian hob daher mit Recht das quiritarische Eigenthum und eben damit diesen Dualismus ganz auf[8], so daß es nach dem neuesten römischen Recht und bei uns nur ein Eigenthum giebt, welches die unter Nr. I entwickelte ausschließliche Natur hat und durch alle in den Rechtsquellen anerkannten Eigenthumserwerbsarten erworben wird, mögen sie adquisitiones civiles sein, d. h. vom alten ius civile eingeführt, oder naturales, d. h. auf dem ius gentium beruhen.

III. Es versteht sich von selbst, daß durch die exklusive Natur des Eigenthums die Möglichkeit eines Miteigenthums nicht ausgeschlossen wird, d. h. es ist gar wohl möglich, daß Jemand die rechtliche Macht und Herrschaft bloß über einen Theil der Sache hat, über die anderen Theile aber einem Andern die Herrschaft zusteht. Dies sind nicht verschiedene Arten des Eigenthums, sondern es ist bloß ein nach dem Gegenstand getheiltes Eigenthum. Ist dieser Theil physisch abgesondert (z. B. dem A. gehört die nördliche Hälfte eines Gartens allein, dem B. die südliche), so ist in Wahrheit kein Miteigenthum

[8] Cod. de nudo iure quiritario tollendo 7, 25 cst. un.

vorhanden, weil hier Jeder Alleinherrſcher eines völlig abgegrenzten Stücks iſt (ſcheinbare communio[9]).

Miteigenthum im eigentlichen Sinn, condominium (plurium eiusdem rei) iſt nur vorhanden, wenn die communio der Eigenthümer eine communio pro indiviso iſt, wenn alſo Mehreren eine Sache miteinander dergeſtalt gehört, daß ſie nicht unter ſie phyſiſch abgetheilt iſt, ſondern bloß nach Quoten (Bruchtheilen), nach intellektuellen Theilen getheilt iſt[10]. Durch ein ſolches (eigentliches) Miteigenthum wird eine gemeinſchaftliche Herrſchaft über die Sache nach Quoten begründet; dadurch kommen die Miteigenthümer, weil ſie ihre Herrſchaft gemeinſchaftlich ausüben, in obligatoriſche Verhältniſſe zu einander[11].

Es kann entſtehen entweder durch Vertrag, wenn Mehrere ſich vereinbaren (Societätsvertrag) und in Folge davon mit einander eine Sache ins Eigenthum ſo erwerben, daß Jedem eine Quote daran zuſtehen ſoll; oder auch ohne daß die Genoſſen die Entſtehung eines Miteigenthums bezweckten, ſog. communio incidens[12]; z. B. wenn ich dem A. ein Drittel und dem B. zwei Drittel meines Hauſes ſchenke, ſo kommen ſie nun in Beziehung auf die betreffende Sache in eine communio incidens. Ebenſo wenn Mehrere einen Verſtorbenen beerben, ſo wird Jeder zu der Quote, zu welcher er Erbe iſt, Miteigenthümer jeder Sache, die der Erblaſſer hinterließ[13].

Da ein ſolches Miteigenthum leicht zu Streit und Zwieſpalt führt, ſo kann jeder Miteigenthümer jeder Zeit Realtheilung der gemeinſchaftlichen Sachen verlangen[14].

Mit dem Miteigenthum darf man nicht verwechſeln das Eigenthum, das einer universitas personarum zuſteht; denn in dieſem Falle iſt die Sache nicht im Eigenthum Mehrerer, ſondern bloß einer Perſon, nämlich der juriſtiſchen Perſon, der universitas[15].

---

[9] Vgl. oben § 64 Nr. I 2 (Th. I S. 293).
[10] Arndts § 133 Note b und oben § 64 Nr. II 2 (Th. I S. 294).
[11] S. Beil. Nr. II—IV.
[12] »Incidimus in communionem« Arndts § 320 Anm. 1.
[13] Vgl. Arndts § 320 Anm. 1.
[14] Hierüber und über die Rechtsgrundſätze bei dem Miteigenthum überhaupt ſ. d. Beil.
[15] Vgl. oben § 53 f. (Th. I S. 234 f.).

Beilage.

Miteigenthum. Das Miteigenthum oder gemeinschaftliche Eigenthum, welches Mehreren an einer Sache zusteht (sog. condominium), hält Girtanner (in Gerbers und Iherings Jahrbüchern III S. 261) für einen außerordentlichen regelwidrigen Zustand, und konstruirt (S. 240—47) die Theorie desselben auf eine überaus verkünstelte Weise. Allein etwas Außerordentliches und Regelwidriges ist das Miteigenthum weder faktisch noch rechtlich. Ist es auch das Gewöhnliche, daß eine Sache im Alleineigenthum steht, so kommt doch auch das Miteigenthum sehr häufig vor. Denn wollte man auch von den Societäten absehen, so ist es ja ein ganz gewöhnlicher Fall, daß ein Verstorbener mehrere Erben hinterläßt, und diese erwerben an jeder Sache des Erblassers durch den Erbschaftsantritt Miteigenthum nach ihren Erbquoten. Mit irgend einer Rechtsregel aber steht das Miteigenthum in keiner Weise im Widerspruche und seine Theorie ist nicht mit besonderen Schwierigkeiten verknüpft, wenn man nicht von einem falschen Begriffe des Eigenthums ausgeht. Nur muß man gehörig beachten, daß bei der communio pro indiviso, in welcher die Miteigenthümer mit einander stehen, das Eigenthum Jedem an der ganzen Sache zukommt, aber nur zu seiner Quote, es also ein nach Quoten getheiltes, die Sache aber, der Gegenstand des Rechtes, physisch unabgetheilt ist, daß daher das Recht eines jeden Theilhabers zu seiner Quote sich auf die ganze Sache, somit auf alle physische Theile der Sache, auf jeden einzelnen Punkt so erstreckt, daß ihm gleichsam an jedem physisch unterscheidbaren Bestandtheile der Sache das Eigenthum zu seiner Quote zukommt ((nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere D. 13, 6 comm. l. 5 § 15 und oben § 64 Th. I S. 293), dadurch aber die Miteigenthümer zu einander in ein Verhältnis kommen, das nothwendig gewisse gegenseitige Obligationen begründen muß. Hieraus erklären sich einfach die Rechtsgrundsätze über Miteigenthum. Sie gehen dahin:

I. Juristische Verfügung über die Sache.

1) Über seinen Antheil an der Sache steht jedem Miteigenthümer freie juristische Verfügung zu. Er ist daran durch die communio nicht gehindert, weil er durch eine juristische Verfügung über seinen Antheil in die der Andern nicht eingreift. Er kann daher z. B. seine Quote verkaufen, verschenken und das Eigenthum daran durch traditio übertragen, er kann sie verpfänden, vermachen und darin von seinen Erben beerbt werden. D. 10, 3 comm. div. l. 6 § 13 C. 3, 37 comm. div. cst. 1; 4, 52 de comm. rer. alienat. cst. 3 und die unter Nr. 2 angeführten const.. Nur darf er, wenn er auf Theilung belangt ist (Nr. V), während des Processes seinen Theil nicht veräußern. Vgl. oben § 110 Beil. Nr. V (Th. I S. 560).

2) Von selbst versteht es sich aber, daß er nur über seinen Theil, nicht auch über die Theile seiner Genossen juristisch verfügen darf; er kann daher nicht die ganze Sache veräußern, verpfänden ꝛc. Zur Gültigkeit einer Verfügung über das Ganze hat er die Zustimmung seiner Genossen nöthig; ohne diese gilt die Verfügung bloß zu seinem Theile, so fern eine solche Theilung überhaupt möglich ist. C. 3, 37 comm. div. cst. 2; 4, 51 de comm. rer. alienat cst. 1, 4, 5; 8, 21 si comm. res cst. un.; D. 17, 2 pro soc. l. 68 pr. Eben deßhalb kann er auch nicht die Sache mit einer Servitut belasten; dies kann nur mit dem Willen aller Miteigenthümer geschehen. D. 8, 1 de serv. l. 2; 8, 4 comm. praed. l. 18 — über die anomale Ausnahme, welche in dieser Beziehung das römische Recht beim Fiskus machte (C. de comm. rer. al. cst. 2), s. § 68. Beil. II Nr. V (Th. I S. 322).

II. Physische Änderungen an der Sache.

1) Der Miteigenthümer ist in der Regel nicht befugt, irgend eine Änderung an einem physischen Theile der Sache ohne die Zustimmung seiner Genossen zu treffen; denn jeder physische Punkt der gemeinschaftlichen Sache gehört ja jedem Miteigenthümer je zu seiner Quote, und würde daher der Eine die geringste Änderung an einem physischen Theile vornehmen: so würde er eben damit in

die Theile der Anderen eingreifen; diese können daher solchen eigenmächtigen Änderungen entgegentreten durch das interdictum uti possidetis, weil und so fern sie dadurch in ihrem Besitz gestört werden (D. 39, 1 de nov. op. nunc. l. 3 § 1., oder durch eine actio negatoria, da sie einen Eingriff in ihr Eigenthum bilden D. 8, 5 si serv. vind. l. 11; 8, 2 de serv. pr. urb. l. 27 § 1), oder mit der actio communi dividundo oder durch das interdictum quod vi aut clam, so fern dessen Voraussetzungen vorliegen (vgl. auch Zimmermann im Arch. f. civ. Prax. XXXVII S. 240) und so weit die Änderung geschehen ist, Wiederherstellung des früheren Zustandes und Schadenersatz verlangen, D. 10, 3 comm. div. l. 28, de serv. pr. urb. l. 26; 43. 24 quod vi aut cl. l. 13 § 3; nur wenn sie von dem Vorhaben des Ändernden wußten und keine Einsprache erhoben, können sie nicht Wiederherstellung, sondern bloß Ersatz des etwaigen Schadens ansprechen, und auch letzteren dann natürlich nicht, wenn sie in die Änderung einwilligten, l. 28 comm. div. Es gilt daher in Beziehung auf solche physische Änderungen (wie in Beziehung auf den vorhin angeführten Fall, wenn der eine Miteigenthümer über das Ganze verfügen will) das Princip der Unanimität, der Grundsatz: in re communi potior est conditio prohibentis; l. 28 cit.

2) Von diesem Grundsatz gilt aber die natürliche Ausnahme, daß wenn irgend eine Vorkehrung an der gemeinschaftlichen Sache nothwendig ist zu ihrer Erhaltung oder zu der im Zweck der Genossenschaft liegenden Benutzung derselben, wie z. B. nothwendige Reparaturen, dies auch von dem einzelnen Genossen gegen den Willen der Übrigen durchgesetzt werden kann; nur darf er es, wenn sie widersprechen, nicht durch Selbsthilfe, außer wenn Gefahr auf dem Verzuge ist, sondern muß es im Wege der Klage thun, durch ein interdictum uti possidetis oder die actio communi dividundo; D. 10, 3 comm. div. l. 12; 8, 2 de s. p. urb. l. 26 a. E. Hat der eine Genosse für eine solche nothwendige Vorkehrung Auslagen gemacht: so müssen ihm diese natürlich von den anderen zu ihrem Theile ersetzt werden; D. 17, 2 pro soc. l. 34 I. 3, 27 de obl. q. quas. ex contr. § 3; ist aber die gemeinschaftliche Sache ein Gebäude: so gilt hier das Besondere, daß wenn die Genossen innerhalb 4 Monaten von der geschehenen Anforderung an ihren Theil an den nothwendigen Auslagen nicht ersetzen, ihre Antheile am Gebäude ihm ins Eigenthum als Ersatz für die Auslagen zufallen, wenn er den Ersatz seines Interesses nicht vorzieht; C. 8, 10 de aedif. priv. cst. 4; D. pro soc. l. 52 § 10.— Noch weiter geht das Recht auf einseitige Änderungen bei einer gemeinsamen die Häuser verschiedener Eigenthümer scheidenden Wand, was sich durch das praktische Bedürfnis und die Bestimmung einer solchen Wand erklärt; D. 8, 2 de s. p. urb. l. 13 § 1 l. 19; 39, 2 de damm. inf. l. 35—37. Elwers Servitutenlehre S. 420—430 und besonders E. Ruete, Die Rechtsverhältnisse hinsichtlich gemeinsamer Mauern, nach römischem Recht. Bremen 1843; mit Unrecht wird Dieses von Vielen auf gemeinschaftliche Sachen überhaupt ausgedehnt und daraus der unrichtige Satz hergeleitet, daß der Miteigenthümer gegen den Willen der Anderen solche Änderungen vornehmen dürfe, durch welche ihnen kein Schaden zugefügt werde.

III. Benutzung und Behandlung der gemeinschaftlichen Sache. Auch hier sind

1) dieselben Grundsätze maßgebend, die dem unter Nr. II Ausgeführten zu Grunde liegen. Der Miteigenthümer ist befugt die Sache ihrer Bestimmung gemäß zu benutzen; wird er von seinen Genossen daran gehindert: so hat er gegen sie die unter II angeführten Rechtsmittel. Aber eine ausschließliche Benutzung auch nur eines Theiles darf er sich nicht anmaßen, z. B. nicht im gemeinschaftlichen Hause ein Zimmer allein bewohnen, im gemeinschaftlichen Garten zu seiner ausschließlichen Bebauung und Ernte ein Stück Land sich einrichten; dazu hat er die Zustimmung aller anderen Miteigenthümer nöthig.

2) In der Behandlung der gemeinschaftlichen Sache haftet jeder Theilnehmer dem anderen für dolus, culpa lata und sog. culpa levis in concreto. Ersatz

wegen solcher Versehen oder wegen dolus kann mit der actio communi dividundo oder auch, wenn das Miteigenthum sich auf eine Societät gründet mit der actio pro socio, oder zwischen Erben mit der actio familiae herciscundae verlangt werden; I. 3, 27 de obl. q. quas. ex contr. § 3; D. pro soc. l. 34; 10, 3 comm. div. l. 8 § 2 l. 26; 10, 2 fam. herc. l. 25 § 16, 18; C. 3, 37 comm. div. cst. 4 a. E.

3) An den Früchten der Sache gebührt jedem Miteigenthümer ein seiner Quote entsprechender Theil; bezog sie ein Miteigenthümer allein: so muß er den anderen ihre Theile abgeben und kann zu diesem Zwecke mit den eben (Nr. 2) angeführten Klagen belangt werden. Die angeführten Stellen und D. comm. div. l. 4 § 3 l. 6 pr. § 2, pro soc. l. 38 § 1.

IV. Aufwand auf die Sache. — Häufig kommt es (auch abgesehen von dem unter Nr. II, 2 bemerkten Falle) vor, daß einer der Theilhaber auf die gemeinschaftliche Sache, z. B. in Abwesenheit der Übrigen, Verwendungen macht oder sonst Etwas im Interesse der Sache auf seine Kosten besorgt. Hier kann er

1) wegen des Verwendeten von den anderen Theilhabern je zu ihren Raten und zwar, da er das eigene Interesse von dem der Anderen hier in der Regel nicht trennen kann, mit den unter Nr. III, 2 angeführten Klagen dann Ersatz verlangen, wenn der Aufwand ein nothwendiger in dem unter Nr. II, 2 angeführten Sinne war (sollte er auch keinen Erfolg gehabt haben), l. 11 comm. div.; auch kann er natürlich für jeden Aufwand verhältnismäßigen Ersatz verlangen, wenn die anderen Theilhaber den gemachten Aufwand genehmigen oder er von ihnen Auftrag zu demselben erhalten hatte; vertrauten sie ihm die Verwaltung der gemeinschaftlichen Sache an: so gilt er zu Allem als beauftragt, was nach den Grundsätzen einer ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich ist. I. 3, 27 de obl. q. quas. ex contr. § 3; D. comm. div. l. 3 § 1 l. 29 und die Lehre vom Mandat.

2) Machte er den Aufwand in einem Falle, in welchem er sein Interesse getrennt von dem der Anderen hätte wahren können, z. B. er zahlt für das gemeinschaftliche Grundstück die ganze Grundsteuer: so handelt er hier für die Anderen als reiner negotiorum gestor und kann daher von ihnen mit der actio negotiorum gestorum contraria zu ihren Raten Ersatz verlangen, wenn die Voraussetzungen der negotiorum gestio vorliegen; D. comm. div. l. 6 § 2 verb. Ceterum ꝛc. § 7; 3, 5 de neg. gest. l. 14.

3) Glaubte aber der Miteigenthümer, welcher den Aufwand auf die gemeinschaftliche Sache machte, die ganze Sache gehöre ihm, macht er somit den Aufwand auf eine vermeintlich bloß ihm gehörige Sache oder maßte er sich die ganze Sache an und behandelte sie mala fide lediglich als die seinige: so kann er zwar, wenn nun die anderen Miteigenthümer ihre Theile mit der rei vindicatio von ihm fordern, den Aufwand ersetzt verlangen, dessen Ersatz er nach den bei der Eigenthumsklage geltenden Grundsätzen anzusprechen hat, aber er kann das Recht auf diesen Ersatz nicht durch eine Klage (nicht, wie Manche wollen, durch eine actio negotiorum gestorum, da er ja bloß seine eigene Angelegenheit, nicht fremde Geschäfte besorgen wollte), sondern bloß excipiendo durch Retention der gemeinschaftlichen Sache geltend machen; D. comm. div. l. 14 § 1 l. 29.

4) Irrte er sich nur in der Person seiner Miteigenthümer, behandelte er also die Sache als gemeinsame, hielt aber Andere für Miteigenthümer als die es wirklich sind: so gilt das unter Nr. 1 und 2 Gesagte; D. comm. div. l. 6 pr.

V. Recht auf Realtheilung. — Der Grundsatz der Unanimität, welcher bei der communio gilt (Nr. II), macht allerdings ein solches Verhältnis sehr lästig (communio est mater rixarum, vgl. auch D. 8, 2 de s. p. u. l. 26); aber eben deßhalb kann jeder Miteigenthümer zu jeder Zeit Aufhebung der communio pro indiviso und physische (reelle) Theilung der Sache verlangen; C. 3, 37 comm. div. cst. 5; D. eod. tit. l. 8 pr. Ein gänzlicher Verzicht auf solche Theilung ist unzulässig (D. comm. div. l. 14 § 2); wohl aber gilt ein bloß auf eine bestimmte Zeit beschränkter Verzicht, an welchen dann auch der Singular-Nachfolger des Verzichtenden gebunden ist; D. l. c. l. 14 § 2,

3; 17, 2 pro soc. l. 16 § 1. Auch ist das Recht auf Theilung aus guten Gründen beschränkt, wenn Nachbarn den Eingang in ihre beiderseitigen Grundstücke oder eine Wand im Miteigenthum haben; D. comm. div. l. 19 § 1. Elwers Servitutenlehre S. 429, 430. — Die Realtheilung wird, wenn ein Theilnehmer die Theilung verweigert oder wenn zwar die Theilnehmer über die Vornahme der Theilung einverstanden sind, sich aber über die Modalität nicht einigen können, vom Gericht verlangt mit der actio communi dividundo, bei Miterben wegen der gemeinschaftlichen Erbschaftssachen mit der actio familiae herciscundae, aber auch bei Diesen, wenn die Erbschaft schon getheilt worden und nur einzelne Sachen absichtlich oder aus Übersehen ungetheilt blieben und nun noch zu theilen sind, mit der actio communi div.; D. 10, 2 fam. herc. l. 20 § 4; 5, 1 de iudic. l. 13, 14.

Der Richter hat dann je nach der Größe der Quoten, die Jedem an dem Gegenstande zukommen, nach seinem gerechten Ermessen und unter Berücksichtigung des von den Partieen Verabredeten (D. comm. div. l. 21) Jedem einen abgesonderten Theil der Sache ausschließlich zuzutheilen, und dabei, wenn dem Einen ein größeres Stück zugetheilt wird, als er ansprechen könnte, weil sich die Sache etwa nicht ganz gleich theilen läßt, Diesem aufzuerlegen, die Anderen in Geld zu entschädigen; C. 3, 37 comm. div. cst. 1; I. 4, 17 de off. iud. § 4, 5; auch kann er, wenn sich die Sache anders nicht gut theilen läßt, einem Theilhaber eine Servitut an Dem, was die Anderen zugetheilt erhalten, z. B. bei abgetheilten Grundstücken eine Wegegerechtigkeit über die den Anderen zugetheilten Grundstücke, zusprechen; D. comm. div. l. 7 § 1; 10, 2 fam. herc. l. 22 § 3. Die Frage, welches Stück Diesem, welches Jenem ausschließlich zugetheilt werden soll, kann er im Zweifel durch das Los entscheiden lassen. Sind es mehrere Sachen, auf welche sich das Miteigenthum erstreckt: so kann er dem einen Theilhaber diese, dem anderen jene Sache ganz in das ausschließliche Eigenthum zuscheiden und auch hier wieder das Los darüber entscheiden lassen, welche Sache Jeder bekommen soll. — Lassen sich aber die gemeinschaftlichen Sachen nicht gut auf diese Weise physisch abtheilen: so hat der Richter sie entweder zur Versteigerung und zwar unter den Miteigenthümern allein, wenn damit alle einverstanden sind, außerdem öffentlich zu bringen und dann den erlösten Preis zu theilen, oder sie dem einen Theilnehmer ganz in sein ausschließliches Eigenthum gegen Auferlegung einer verhältnismäßigen Entschädigung an die anderen zu adjudiciren; I. l. c.; D. fam. herc. l. 22 § 1—3 l. 55; Cod. 3, 37 comm. div. cst. 1, 3.

Diese gerichtliche Theilung ist ein richterliches Urtheil, kann also nur durch solche Rechtsmittel, welche gegen ein richterliches Urtheil zulässig sind (s. Civilproceß), angegriffen werden.

So weit die Theilung vom Richter durch Adjudikation geschieht, d. h. dadurch, daß er dem einen Miteigenthümer die ganze Sache gegen verhältnismäßige Entschädigung der anderen zuschlägt oder jedem Miteigenthümer einen abgesonderten physischen Theil der Sache, oder, wenn es mehrere Sache sind, Jedem eine einzelne dieser Sachen ausschließlich ins Eigenthum zuschlägt, — erwirbt der betreffende Miteigenthümer durch diese Adjudikation ein Eigenthum an der bisher gemeinschaftlichen Sache, das er in dieser Weise bisher nicht hatte; er wird darin durch die Adjudikation Successor seines Miteigenthümers und so bildet daher die Adjudikation eine besondere (ableitende) Erwerbart von Eigenthum. Denn wenn z. B. A. und B. mit einander ein Pferd im Miteigenthum hatten und bei der Theilung dem A. das ganze Pferd gegen Entschädigung des B. zugeschlagen wird: so erwirbt dadurch der A. das Eigenthum an der anderen Hälfte des Pferdes, die ihm bisher nicht gehörte; oder wenn A. und B. einen Acker im Miteigenthume pro indiviso A. zu $^1/_2$, B. zu $^2/_3$ hatten, so daß also an jeder Scholle dem A. $^1/_3$, dem B. $^2/_3$ gehörten, und der Richter macht die physische Theilung so, daß er ein Stück vom Acker durch eine Grenze von dem Übrigen abscheidet und dieses dem A., die übrigen Stücke dem B. ins ausschließliche Eigenthum zutheilt: so erwirbt dadurch Jeder

Etwas in sein Eigenthum, das ihm bisher nicht gehörte und verliert Etwas, das ihm bisher gehörte, aus seinem Eigenthum; A. verliert sein $^1/_3$ an den dem B. zugetheilten Stücken, erwirbt aber an dem Stück, das ihm bisher nur zu $^1/_3$ gehörte, auch die anderen $^2/_3$; B. dagegen verliert die $^2/_3$, die ihm am Stück, das dem A. zugetheilt wurde, gehörten, erwirbt aber dafür durch die Adjudikation das $^1/_3$, das dem A. an den übrigen Theilen gehörte. — Der Eigenthumserwerb durch diese Adjudikation geschieht unmittelbar sofort durch den richterlichen Ausspruch; Inst. 4, 17 de off. iud. § 7; da er aber nicht ein originärer Erwerb, sondern nur ein Erwerb durch Succession ist: so tritt er nur ein, wenn dem anderen Theilhaber, dessen Antheil dem Genossen adjudicirt wird, dieser Theil wirklich gehörte; war dies nicht der Fall, wurde er also irrig als Miteigenthümer behandelt, während die Quote einem Dritten, der am Streit nicht Theil nahm, gehörte: so wird Der, welchem sie adjudicirt wurde, nicht Eigenthümer derselben; vielmehr erlangt Dieser dann durch die Adjudikation bloß einen Usukapionstitel; er besitzt nun iusto titulo eine fremde Quote an der Sache, die, so lang er sie noch nicht ersessen hat, der Eigenthümer von ihm vindiciren kann. Vgl. D. 41, 3 de usuc. l. 17; 10, 3 comm. div. l. 10 § 2.

Mit dieser Adjudikation darf man aber den Fall nicht verwechseln, wenn bei einem Streit über Eigenthum der Richter den Kläger für den Sieger erklärt, also dessen Eigenthum anerkennt und den Beklagten zur Herausgabe der Sache verurtheilt; denn in diesem Falle erwirbt der Kläger durch das richterliche Urtheil nicht erst ein Eigenthum, das er bisher nicht hatte, sondern das Urtheil erkennt nur das ihm (aus anderen Gründen) zustehende Eigenthum an der Sache als erwiesen an und verurtheilt demgemäß den Beklagten zur Herausgabe Dessen, was dem Kläger gehört.

Zweites Kapitel. Besitz*.

Erste Unterabtheilung. Sachbesitz.

Begriff, Natur und Bedeutung.

§ 122.

(Arndts § 135.)

Besitz und Eigenthum werden im gemeinen Leben häufig für identisch genommen. Will der Laie ausdrücken, er habe ein Haus im Eigenthum, so wird er in der Regel sagen: ich besitze ein Haus. Allein im technischen Sinn sind sie wesentlich verschieden, wie Thatsachen und Rechte; Besitz ist bloß ein faktisches Verhältnis

* Über die Litteratur s. Arndts § 129 Anm. 1. Die Hauptschrift ist das klassische Werk von Savigny, Das Recht des Besitzes (1803. 6. Ausg. von Savigny besorgt 1837; 7. Ausg. von Rudorff besorgt 1865 mit Anmerkungen von Rudorff). An diesem Werk des 24jährigen Savigny bewundern wir die Gründlichkeit, Einfachheit, Gediegenheit, Scharfsinn, treffende Exegese, klassische Sprache. Viele wollten ihn bekämpfen, an ihm zum Ritter werden, aber in den meisten Hauptgedanken ist er wohl nicht zu widerlegen (Ei des Columbus). — Eine sehr gute Geschichte der Lehre vom Mittelalter bis in unsere Zeit giebt G. Bruns, Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart. 1848.

(zu einer Sache); das Eigenthum ein rein rechtliches. *Rechtlich* iſt ein Verhältnis, wenn es vom Recht anerkannt und ſanktionirt iſt, mit dem Recht in Übereinſtimmung ſteht, wenn man alſo wirklich berechtigt iſt, im Verhältnis zu ſtehen. *Faktiſch* dagegen, thatſächlich, res facti nennt man Alles, was in der Sinnenwelt eben gerade beſteht ohne Rückſicht darauf, ob es mit dem Recht übereinſtimmt oder nicht. So kann daher auch die Herrſchaft über eine Sache von der rechtlichen Seite aufgefaßt werden oder von der bloß faktiſchen; die rechtliche Herrſchaft über eine Sache iſt das Eigenthum, das rechtliche Haben der Sache, rei dominium. Dem Eigenthümer giebt das *Geſetz* die Herrſchaft über die Sache; er iſt befugt, ſie über die Sache zu üben und deßhalb zu verlangen, daß man ihn in ihr nicht ſtöre, alſo ihn auch faktiſch die Herrſchaft ausüben laſſe[1]. Aber die Herrſchaft über eine Sache läßt ſich auch von der bloß *thatſächlichen* Seite auffaſſen, d. h. davon, ob man ſie faktiſch hat, ohne Rückſicht auf die Frage, ob man ein *Recht* auf die Herrſchaft hat oder nicht. Dieſe rein faktiſche Herrſchaft über die Sache, bei der man ganz vom Recht an der Sache abſieht, iſt *Beſitz*.

I. *Begriff* des Sach-Beſitzes, der possessio im eigentlichen Sinn. Der Menſch kann ſich einer Sache faktiſch bemächtigen, mag er an ſie ein Recht haben oder nicht, ſie geradezu ergreifen und ſeinem Willen und ſeiner Gewalt unterwerfen und ſie ſo in ſeine thatſächliche Herrſchaft bringen, um ſie für ſich zu haben. Dieſe thatſächliche Herrſchaft des Menſchen über eine Sache, um ſie *für ſich* zu haben und zu behalten, alſo mit dem Herrſcherwillen, iſt der *Beſitz*, possessio, einer Sache im eigentlichen techniſchen Sinn. Er beſteht alſo lediglich darin, daß die Perſon faktiſch die Herrſchaft über die Sache hat mit dem *Willen*, die Sache *für ſich* zu haben, ſie ſich anzueignen und ſie zu beherrſchen. Hiernach wird zu ihm nur erfordert, wie die Römer ſagen: *corpus et animus*[2]; nämlich

1) man muß ſich faktiſch in ein ſolches Gewaltverhältnis zur Sache ſetzen, vermöge deſſen ſie unſerer beliebigen Herrſchaft unterworfen iſt und wir jeden Dritten davon ausſchließen können. Dieſe Herrſchaft über die Sache an ſich nennen wir *Innehabung*, *Beſitz im weiteren Sinn*, die Sache im *Gewahrſam* haben; die Rö-

[1] Vgl. § 118.
[2] D. de (ad quirenda vel amittenda) possess. 41, 2 1 3 § 1

mer bezeichnen ſie gewöhnlich durch corpus, mitunter auch durch detentio. Mit dieſem bloßen Innehaben aber übt man die Herrſchaft über die Sache noch nicht für ſich (in Wahrheit) aus; man hat dadurch nur die Möglichkeit einer willkürlichen ſelbſtnützigen Herrſchaft; um ſie wirklich faktiſch für ſich zu haben, wird noch erfordert

2) der entſprechende Wille der Perſon, der animus possidendi; denn die Herrſchaft über die Sache haben wir nur dann für uns, wenn unſer Wille unſerer Gewalt entſpricht, d. h. wenn wir die willkürliche Herrſchaft wirklich für uns haben wollen, alſo die Abſicht haben, die Sache wie die unſrige als eine unſerer ſelbſtnützigen Herrſchaft unterworfene zu haben und in dieſer Weiſe mit ihr zu verfahren, ſomit den Willen, die Sache uns anzueignen, oder den animus rem sibi habendi. Dieſen animus possidendi bezeichnet man auch ganz geeignet mit animus domini; denn der Beſitzer will über die Sache faktiſch eine willkürliche Herrſchaft ſo üben, wie ſie ein Eigenthümer zu üben das Recht hat; er eignet ſich die Sache faktiſch an.

Hiernach iſt Sach-Beſitz, rei oder corporis possessio, Beſitz, possessio im engern und eigentlichen Sinne dasjenige faktiſche Verhältnis einer Perſon zu einer Sache (einem körperlichen Ding), vermöge deſſen die Sache der Gewalt der Perſon unterworfen iſt und die Perſon den Willen hat, die Sache für ſich zu haben und ſich anzueignen; alſo die faktiſche Gewalt über eine Sache mit dem animus rem sibi habendi oder dem animus domini[3]. Wir nennen dieſen Beſitz wegen ſeiner juriſtiſchen Folgen auch noch juriſtiſchen Beſitz oder Interdiktsbeſitz; die Römer ebenfalls possessio ad interdicta.

Hiernach iſt der Beſitz eigentlich die bloße faktiſche Ausübung des Eigenthuminhalts, d. h. der Beſitzer will faktiſch (ob mit Recht oder nicht, iſt eine andere Frage) für ſich die Sache eben ſo beherrſchen, wie allein der Eigenthümer ſie zu beherrſchen berechtigt iſt; er hat faktiſch den animus domini und übt faktiſch die Herrſchaft über die Sache aus, wie nur ein Eigenthümer ſie auszuüben befugt iſt. Deßhalb bezeichnen Viele den Beſitz im engern und eigentlichen Sinn nicht unpaſſend auch durch Eigenthumsbeſitz. Aber wohl zu beachten

[3] Arndts § 135 Note g u. Anmerk. 4.

iſt, daß zum Beſitz nicht erfordert wird der Glaube, der Eigenthümer zu ſein, die opinio domini; auch nicht der Wille, Eigenthümer zu ſein, der animus domini; denn Beſitzer iſt auch, wer wohl weiß, daß ihm das Eigenthum an der Sache nicht zuſteht, wenn er nur die faktiſche Herrſchaft über die Sache hat mit dem Willen, die Sache ſich faktiſch anzueignen, dieſe Herrſchaft für ſich zu üben und die Sache für ſich zu haben und zu behalten.

3) Daraus ergeben ſich folgende Möglichkeiten:

a. Man kann Eigenthümer einer Sache ſein, ohne ihr Beſitzer zu ſein, nämlich wenn die Sache, die wir im Eigenthum haben, unſerer phyſiſchen Gewalt ganz entzogen iſt, z. B. ſie uns geſtohlen wurde oder wir ſie verlieren[4].

b. Man kann Beſitzer einer Sache ſein, ohne ihr Eigenthümer zu ſein, nämlich wenn man die Sache in der faktiſchen Gewalt hat mit dem animus rem sibi habendi, ſie aber einem Andern gehört. Hier ſind zwei Fälle möglich:

α. Es kann der Beſitzer ſich redlich für den Berechtigten halten, wenn er es auch nicht iſt; alſo die Überzeugung haben, befugt zu ſein, die Sache ſich anzueignen, indem er glaubt, ſie auf einem Wege erworben zu haben, der ihn nach den Geſetzen befugen würde, die Sache als die ſeinige zu behandeln und deßhalb ſie ſich anzueignen, z. B. wenn Der, den ich für den Eigenthümer einer Sache halte, ſie mir verkaufte oder ſchenkte und tradirte, er aber nicht Eigenthümer war; oder wenn ich glaube, die Sache, die ich beſitze, vom Eigenthümer geerbt zu haben, und deßhalb mich für den Eigenthümer der Sache halte, ich aber mich irrte, indem nicht ich der berufene Erbe bin, ſondern ein Anderer es iſt. In ſolchen Fällen iſt der Beſitz ein redlicher, eine bonae fidei possessio, der Beſitzer in gutem Glauben, redlicher Beſitzer, bonae fidei possessor[5].

β. Der andere Fall dagegen iſt der unredliche Beſitz, malae fidei possessio, wenn der Beſitzer weiß und überzeugt iſt, daß er kein Recht hat, die Sache ſich anzueignen, oder ſie wiſſentlich auf einem Wege erwarb, der ihn (nach den Geſetzen) nicht befugt, die Sache ſich anzueignen, wie z. B. ein Dieb; oder wer eine Sache von Jemandem

---

[4] D. h. t. 41, 2 l. 3 § 9, 13.
[5] S. die Beil.

mer bezeichnen ſie gewöhnlich durch corpus, mitunter auch durch detentio. Mit dieſem bloßen Innehaben aber übt man die Herrſchaft über die Sache noch nicht für ſich (in Wahrheit) aus; man hat dadurch nur die Möglichkeit einer willkürlichen ſelbſtnützigen Herrſchaft; um ſie wirklich faktiſch für ſich zu haben, wird noch erfordert

2) der entſprechende Wille der Perſon, der animus possidendi; denn die Herrſchaft über die Sache haben wir nur dann für uns, wenn unſer Wille unſerer Gewalt entſpricht, d. h. wenn wir die willkürliche Herrſchaft wirklich für uns haben wollen, alſo die Abſicht haben, die Sache wie die unſrige als eine unſerer ſelbſtnützigen Herrſchaft unterworfene zu haben und in dieſer Weiſe mit ihr zu verfahren, ſomit den Willen, die Sache uns anzueignen, oder den animus rem sibi habendi. Dieſen animus possidendi bezeichnet man auch ganz geeignet mit animus domini; denn der Beſitzer will über die Sache faktiſch eine willkürliche Herrſchaft ſo üben, wie ſie ein Eigenthümer zu üben das Recht hat; er eignet ſich die Sache faktiſch an.

Hiernach iſt Sach-Beſitz, rei oder corporis possessio, Beſitz, possessio im engern und eigentlichen Sinne dasjenige faktiſche Verhältnis einer Perſon zu einer Sache (einem körperlichen Ding), vermöge deſſen die Sache der Gewalt der Perſon unterworfen iſt und die Perſon den Willen hat, die Sache für ſich zu haben und ſich anzueignen; alſo die faktiſche Gewalt über eine Sache mit dem animus rem sibi habendi oder dem animus domini[3]. Wir nennen dieſen Beſitz wegen ſeiner juriſtiſchen Folgen auch noch juriſtiſchen Beſitz oder Interdiktsbeſitz; die Römer ebenfalls possessio ad interdicta.

Hiernach iſt der Beſitz eigentlich die bloße faktiſche Ausübung des Eigenthuminhalts, d. h. der Beſitzer will faktiſch (ob mit Recht oder nicht, iſt eine andere Frage) für ſich die Sache eben ſo beherrſchen, wie allein der Eigenthümer ſie zu beherrſchen berechtigt iſt; er hat faktiſch den animus domini und übt faktiſch die Herrſchaft über die Sache aus, wie nur ein Eigenthümer ſie auszuüben befugt iſt. Deßhalb bezeichnen Viele den Beſitz im engern und eigentlichen Sinn nicht unpaſſend auch durch Eigenthumsbeſitz. Aber wohl zu beachten

[3] Arndts § 135 Note g u. Anmerk. 4.

iſt, daß zum Beſitz nicht erfordert wird der Glaube, der Eigenthümer zu ſein, die opinio domini; auch nicht der Wille, Eigenthümer zu ſein, der animus domini; denn Beſitzer iſt auch, wer wohl weiß, daß ihm das Eigenthum an der Sache nicht zuſteht, wenn er nur die faktiſche Herrſchaft über die Sache hat mit dem Willen, die Sache ſich faktiſch anzueignen, dieſe Herrſchaft für ſich zu üben und die Sache für ſich zu haben und zu behalten.

3) Daraus ergeben ſich folgende Möglichkeiten:

a. Man kann Eigenthümer einer Sache ſein, ohne ihr Beſitzer zu ſein, nämlich wenn die Sache, die wir im Eigenthum haben, unſerer phyſiſchen Gewalt ganz entzogen iſt, z. B. ſie uns geſtohlen wurde oder wir ſie verlieren [4].

b. Man kann Beſitzer einer Sache ſein, ohne ihr Eigenthümer zu ſein, nämlich wenn man die Sache in der faktiſchen Gewalt hat mit dem animus rem sibi habendi, ſie aber einem Andern gehört. Hier ſind zwei Fälle möglich:

α. Es kann der Beſitzer ſich redlich für den Berechtigten halten, wenn er es auch nicht iſt; alſo die Überzeugung haben, befugt zu ſein, die Sache ſich anzueignen, indem er glaubt, ſie auf einem Wege erworben zu haben, der ihn nach den Geſetzen befugen würde, die Sache als die ſeinige zu behandeln und deßhalb ſie ſich anzueignen, z. B. wenn Der, den ich für den Eigenthümer einer Sache halte, ſie mir verkaufte oder ſchenkte und tradirte, er aber nicht Eigenthümer war; oder wenn ich glaube, die Sache, die ich beſitze, vom Eigenthümer geerbt zu haben, und deßhalb mich für den Eigenthümer der Sache halte, ich aber mich irrte, indem nicht ich der berufene Erbe bin, ſondern ein Anderer es iſt. In ſolchen Fällen iſt der Beſitz ein redlicher, eine bonae fidei possessio, der Beſitzer in gutem Glauben, redlicher Beſitzer, bonae fidei possessor [5].

β. Der andere Fall dagegen iſt der unredliche Beſitz, malae fidei possessio, wenn der Beſitzer weiß und überzeugt iſt, daß er kein Recht hat, die Sache ſich anzueignen, oder ſie wiſſentlich auf einem Wege erwarb, der ihn (nach den Geſetzen) nicht befugt, die Sache ſich anzueignen, wie z. B. ein Dieb; oder wer eine Sache von Jemandem

[4] D. h. t. 41, 2 l. 3 § 9, 13.
[5] S. die Beil.

erwarb, von dem er wußte, daß ſie ihm nicht gehörte. Ein ſolcher iſt malae fidei possessor, unredlicher Beſitzer, Beſitzer im böſen Glauben[6].

c. Man kann Eigenthümer einer Sache und zugleich ihr Beſitzer ſein, nämlich wenn der Eigenthümer die ihm gehörige Sache auch in ſeiner faktiſchen Gewalt hat[7]. Letzteres iſt der normale, dem Recht entſprechende Zuſtand, weil dem Eigenthümer das Recht auf den Beſitz gebührt[8].

Aus allem Dieſem ergiebt ſich, daß Beſitz und Eigenthum ganz Verſchiedenes ſind[9]; Eigenthum iſt die rechtliche oder vom Recht uns gegebene Herrſchaft über die Sache; die possessio dagegen iſt bloß die faktiſche Herrſchaft mit dem animus rem sibi habendi[10].

II. Die Bedeutung des Beſitzes. Der faktiſche Zuſtand des Beſitzes iſt für die ſocialen und für die Rechtsverhältniſſe von großer Bedeutung; denn

1) der Beſitz iſt ſchon dadurch ein ſehr wichtiges (faktiſches) Verhältnis, weil nur, wer den Beſitz der Sache hat, ſie benutzen, genießen und gebrauchen und ihrer ſich erfreuen kann. Deßhalb »beati possidentes«.

2) Außerdem iſt die Lage des Beſitzers im Proceſſe eine ſehr günſtige. Bei einem Rechtsſtreite nämlich iſt der Beklagte darin in einer günſtigeren Lage als der Kläger, daß auf dem Letzteren in der Regel die Beweislaſt ruht; der Kläger muß die Fundamente, aus denen ſein Recht ſich ergeben würde, beweiſen; kann er es nicht vollſtändig, ſo wird er abgewieſen, ſollte auch der Beklagte gar Nichts für ſein Recht beibringen können[11]. Iſt nun Jemand Beſitzer einer Sache, ſo iſt er bei einem Proceſſe über die Sache ſtets in der günſtigen Lage des Beklagten; denn er hat den Genuß der Sache und kann ruhig abwarten, bis ein Gegner gegen ihn auftritt, der ein Recht auf die Sache anſpricht; dieſer Gegner aber muß dann als Kläger auftreten und bringt nur durch, wenn er ein Recht beweiſen kann, vermöge deſſen ihm die Sache herauszugeben iſt, z. B. das Eigenthum.

---

[6] S. die Beil.
[7] Vgl. D. uti possid. 43, 17 l. 1 § 2.
[8] S. oben § 118 Nr. 6.
[9] D. h. t. 41, 2 l. 12 § 1.
[10] Über einige Modifikationen des Beſitzbegriffs ſ. Nr. V.
[11] Vgl. oben § 101 (Th. I S. 520).

kann er dieſen Beweis nicht führen, ſo wird er abgewieſen, ſollte auch der Beſitzer gar kein Recht an der Sache haben[12]. Hieraus ergiebt ſich auch der Grundſatz, daß im Zweifel ſtets für den Beſitzer zu entſcheiden iſt[13].

3) Dieſer wichtige Zuſtand des Beſitzes aber kann uns leicht durch viele Zufälle und namentlich durch jede fremde Eigenmacht verkümmert oder ganz entzogen werden, weil er bloß ein faktiſcher iſt. Wer uns aus unſerem Grundſtück hinauswirft und es in ſeine Gewalt nimmt, wer uns Sachen, die wir beſitzen, raubt, iſt nun Beſitzer, und wir haben den Beſitz verloren. Hier würde nun ein Beſitzer, ſelbſt wenn er der wahre Berechtigte iſt, oft übel daran ſein, wenn er gegen Den, der ihm den Beſitz entzog, mit einer petitoriſchen, einer Rechtsklage, auftreten müßte, d. h. mit einer Klage, die ſich darauf ſtützt, daß er ein Recht an der Sache habe[14]; denn dann müßte er dieſes Recht beweiſen und würde, wenn er es nicht kann, abgewieſen. Auch dauern ſolche Proceſſe oft ſehr lange und während dieſer Zeit würde er alle Vortheile und Genüſſe des Beſitzes entbehren. Wegen dieſer großen Wichtigkeit des Beſitzes nun für Genuß der Sache (Nr. 1), und für die Stellung im Proceß (Nr. 2) und wegen der großen Leichtigkeit ſeiner Entziehung führte das prätoriſche Edikt die poſſeſſoriſchen Klagen ein, d. h. es gewährte dem Beſitzer, lediglich als ſolchem, gegen Eigenmacht Dritter beſonderen Schutz, indem es ihm zu dieſem Zwecke zwei Rechtsmittel gab, ein interdictum retinendae possessionis gegen Jeden, der ihn in ſeinem Beſitze ſtört, ſei es thätlich oder durch Beſtreitung ſeines Beſitzes, und ein interdictum recuperandae possessionis gegen Den, der ihn mit Gewalt des Beſitzes entſetzte. Durch dieſe Interdikte kann der beeinträchtigte Beſitzer, lediglich weil er Beſitzer iſt oder war, verlangen, daß ihm ſofort der ruhige Beſitz anerkannt, reſp. wieder hergeſtellt werde. Er hat alſo, um durchzudringen, nur das einfache Faktum zu beweiſen, daß er Beſitzer iſt oder war, und der Gegner ihn im Beſitze geſtört oder ihm den Beſitz durch Gewalt entzogen habe. Darauf aber, ob ihm ein Recht an der Sache zuſteht, kommt

---

[12] I. de interdict. 4, 15 § 4 in den Worten »commodum autem ꝛc.« u. D. uti possid. 43, 17 l. 2; si ususfr. pet. 7, 6 l. 5 pr. a. E.

[13] Vgl. oben § 96 Nr. II 1 (Th. I S. 491).

[14] Vgl. § 128.

es bei dieſem bloß den Beſitz betreffenden Streit gar nicht an, und wenn der Gegner ſich darauf beruft, daß er ein Recht an der Sache habe, ſo wird er in dieſem Proceſſe damit gar nicht zugelaſſen[15].

Auf dieſe Weiſe wird der Beſitzer in ſeinem Beſitze geſchützt gegen jede eigenmächtige Störung eines Dritten und er hat nun, wenn er in Folge des poſſeſſoriſchen Rechtsmittels wieder den ruhigen Beſitz erlangt hat, vorerſt wieder alle Vortheile des Beſitzers. Freilich wird auf dieſe Weiſe bloß über die Beſitzfrage entſchieden, nicht über das Recht an der Sache. Im Streit über dieſes kann natürlich der Beſitzer unterliegen und in ſofern iſt der Schutz im Beſitz nur ein proviſoriſcher, er wirkt nur ſo lange, als nicht ein Anderer die Herausgabe der Sache vermöge eines dinglichen Rechtes an derſelben verlangt; und der Gegner, der im Beſitzſtreit unterlegen iſt, alſo von der Störung ablaſſen oder ihm den Beſitz wieder herſtellen mußte, kann immer noch, wenn er glaubte, ein Recht an der Sache zu haben, den Beſitzer mit einer petitoriſchen Klage, d. h. einer auf ein Recht an der Sache geſtützten, belangen; allein als petitoriſcher Kläger liegt auf ihm die Beweislaſt des Rechts; er kann gegen den Beſitzer nicht anders durchdringen, als wenn er ſein Recht an der Sache zu beweiſen vermag; kann er es nicht, ſo bleibt der Beſitzer in ſeinem Beſitze[16].

4) Der Beſitz hat auch noch weitere für das Recht ſehr wichtige Wirkungen. Aber dieſe ſind nicht Wirkungen lediglich des Beſitzes an ſich, d. h. nicht mit jedem Beſitze (als ſolchem) verbunden, ſondern treten nur ein, wenn noch andere Momente zum Beſitze hinzukommen. Sie ſind folgende:

a. Beſondere Wirkungen des Uſukapionsbeſitzes. Wenn Jemand eine fremde Sache bona fide beſitzt[17] und er ſie iusto titulo erworben hatte[18] und die Sache uſukapirbar iſt[19], ſo kann er, wenn er längere Zeit im Beſitz iſt, das Eigenthum durch usucapio erwerben und zwar nach dem alten Civilrecht, wenn ſein Beſitz ein oder zwei Jahre dauerte, nach dem neueſten römiſchen Civilrecht und bei

---

[15] S. § 128.
[16] Vgl. D. h. t. 41. 2 l. 35; de R. V. 6, 1 l. 24.
[17] S. Nr. I 3 b. α.
[18] Vgl. Arndts § 159.
[19] Wenn ſie nicht zu den bei Arndts § 162 angeführten gehört.

uns, wenn ſein Beſitz 3, reſp. 10 oder 20 Jahre dauerte[20]. — Einen mit dieſen Requiſiten verſehenen Beſitz, alſo einen Beſitz, den man iusto titulo und bona fide an einer uſukapionsfähigen Sache erwarb, kann man Uſukapionsbeſitz nennen und auch die Römer bezeichneten ihn durch possidere ad usucapionem. Ein ſolcher Uſukapionsbeſitzer hat auch, wenn er die Sache aus ſeinem Beſitze verliert, ehe die Uſukapionszeit abgelaufen iſt, das Recht, ſie jedem dritten ſchlechteren Beſitzer mit der Publiciana actio abzufordern[21].

b. Beſondere Wirkungen der bloßen bonae fidei possessio. Wer eine Sache bona fide beſitzt, kann, wenn auch die übrigen Erforderniſſe der Uſukapion bei ihm nicht vorhanden ſind, ſie doch durch Erſitzung ins Eigenthum erwerben, durch ſog. außerordentliche Erſitzung; dazu iſt aber dann eine 30-, in manchen Fällen eine 40jährige Dauer ſeines Beſitzes nöthig[22]. Ferner: ein bonae fidei possessor einer fremden Sache erwirbt an den Früchten derſelben ſofort das Eigenthum, ſobald ſie von der Sache ſeparirt ſind[23].

c. Auch noch in vielen anderen Fällen bildet der Beſitz das nothwendige vermittelnde Moment für den Erwerb des Eigenthums an einer Sache[24].

Auf den unter Nr. 1—3 angeführten Momenten beruht die Bedeutung des Beſitzes überhaupt; ſie kommen dem Beſitz als ſolchem, alſo jedem Sachbeſitz zu, während die unter Nr. 4 angeführten Wirkungen nur unter gewiſſen beſonderen Vorausſetzungen dem Beſitz zukommen. Jene drei Momente geben dem Beſitz ſeine allgemeine Wichtigkeit und Bedeutung[25].

---

[20] Vgl. Arndts § 161.
[21] Vgl. unten § 144.
[22] Vgl. unten § 139.
[23] S. unten § 136.
[24] Vgl. unten § 131.
[25] In dieſer Hinſicht iſt Savigny, welchem Manche folgen, anderer Anſicht. Er geht davon aus: das römiſche Recht lege nur zwei Folgen dem Beſitz an ſich bei und in dieſen liege ſeine ganze Bedeutung für die Rechtsverhältniſſe; es ſeien Dieſes die Uſukapion und die poſſeſſoriſchen Interdikte, alſo daß der Beſitzer die Möglichkeit habe, die Sache zu uſukapiren und daß ihm das Recht zuſtehe, durch poſſeſſoriſche Rechtsmittel ſich im Beſitz zu ſchützen. Allein die Uſukapion gehört gar nicht zu den Wirkungen des Beſitzes an ſich, ſondern iſt nur die Wirkung eines beſonders qualificirten Beſitzes. Auch würde der Beſitz ſeine große Wichtigkeit (für die Rechtsverhältniſſe) behalten, wenn das poſitive Recht das Inſtitut der Erſitzung verwerfen würde. So iſt z. B. nach ſächſiſchem Recht bei Grundſtücken eine Erſitzung ganz unzuläſſig, und doch der Beſitz an Grundſtücken wegen des unter Nr. 1—3 Ausgeführten von größter Bedeutung. Die Interdikte aber ſind zwar wichtige Folgen des Beſitzes als ſolchen, aber ſie ſind nur einge-

III. Ist der Besitz *ein Recht*? und was ist der Grund des Besitzschutzes? Unbegreiflicher Weise behaupten Viele, der Besitz sei ein Recht; sie streiten aber sehr darüber, was für ein Recht er denn sei. Dieser Streit ist sehr begreiflich, denn der Besitz ist gar kein Recht und giebt als solcher nicht ein Recht an der Sache, die man besitzt. Er ist bloß ein *Zustand*, eine Thatsache, ein bloß faktisches Verhältnis, in das eine Person zu einer Sache sich gesetzt hat, das aber für die Rechtsverhältnisse von großer Bedeutung ist (Nr. II 1 u. 2) und nach Umständen zu einem Recht an der Sache führen kann (Nr. II 4) und das deßhalb schon an sich rechtlichen Schutz gegen Eigenmacht genießt (Nr. II 3). Dieser *Anspruch auf den Schutz* im Besitze ist allerdings ein *Recht*, ein ius possessionis, d. h. ein mit dem faktischen Zustande des Besitzes verbundenes Recht des Besitzers. Allein es ist nicht ein Recht *an der* Sache, die man besitzt und stützt sich nicht auf ein solches Recht; denn der Besitzer hat bloß als solcher, bloß und allein deßhalb, weil er Besitzer ist, noch gar nicht ein Recht an der Sache, sondern jenes Recht auf Schutz ist *ein Recht der Persönlichkeit*, ein Personenrecht. Der Besitzer genießt diesen rechtlichen Schutz gegen Eigenmacht deßhalb, weil seine faktische Herrschaft über die Sache, und sein Wille, sie für sich zu haben, von Jedem respektirt werden muß, so lange nicht ein diese faktische Herrschaft überwindendes *Recht* mit Erfolg gegen ihn nachgewiesen werden kann. Der Grund des Besitzschutzes liegt daher in der Wichtigkeit des faktischen Zustandes des Besitzes überhaupt, welcher der Person nicht willkürlich entzogen werden darf[26].

Von dem ius possessionis aber, d. h. dem mit dem Besitze verbundenen Rechte auf Schutz, ist wohl zu unterscheiden das ius possidendi, das Recht *auf* den Besitz der Sache. Dieses kommt nicht dem Besitzer als solchem, sondern in der Regel nur dem Eigenthümer der Sache zu, dem das Gesetz die *rechtliche* Herrschaft über die Sache giebt, also auch ein Recht auf die *faktische* Herrschaft geben muß, weil er sonst die rechtliche Herrschaft nicht gehörig aus-

---

führt worden wegen der großen Bedeutung, die der Besitz *an sich* schon aus anderen Gründen (Nr. 1 u. 2) hat. Dies erkennen auch schon die römischen Quellen an, indem sie die Hauptbedeutung des Besitzes in das unter Nr. 1 u. 2 Ausgeführte setzen. I. de interd. 4, 15 § 4; D. uti possid. 43, 17 l. 2: si usucfr. pet. 7, 6 l. 5 pr. a. E.

[26] Über die entgegengesetzte Ansicht von *Ihering* s. unten Nr. VIII.

üben könnte, und dieſes Recht (auf den Beſitz) kann er mit der Eigenthumsklage gegen jeden dritten Beſitzer geltend machen[27].

IV. Die bloße Innehabung, detentio. Ein Sachbeſitzer kann ſeine Herrſchaft und Gewalt über die Sache auch durch einen Anderen ausüben, ohne dadurch aufzuhören, die Herrſchaft zu haben, alſo Beſitzer zu ſein. Wenn ich z. B. einem Dritten die Sache, die ich beſitze, zur Verwahrung, Aufſicht, Verwaltung oder zur Benutzung anvertraue, ſo habe ich den zum Beſitz nöthigen animus rem mihi habendi, und die phyſiſche Herrſchaft über die Sache übe ich durch dieſen Dritten aus, welcher nicht possessor, ſondern bloß detentor der Sache iſt, da er meine Gewalt über die Sache durchaus anerkennt und die Sache nicht ſich aneignen will, ſondern in dieſer Hinſicht bloß mein Stellvertreter, meine Mittelsperſon ſein will. In ſolchen Fällen ſind alſo die beiden Beſitzfaktoren, animus und corpus, immer noch in meiner Perſon vorhanden und deßhalb bin ich der possessor der Sache. Die Römer ſagen von ſolchen Fällen ganz treffend: animo nostro, corpore alieno possidemus[28]. Der Dritte iſt hier nicht possessor, weil er ja unſere ausſchließliche Herrſchaft über die Sache anerkennt; er iſt bloßer detentor. Bloße detentio oder Innehabung einer Sache (eine Sache im Gewahrſam haben) iſt nämlich die faktiſche Gewalt über eine Sache (mit dem Willen, dieſe Gewalt zu haben, aber) ohne den Willen, ſie für ſich zu haben und die Sache ſich anzueignen. Die Abſicht eines ſolchen bloßen detentor kann eine ſehr verſchiedene ſein. Sie kann dahin gehen, die Sache lediglich für den possessor zu haben, z. B. ſie ihm zu bewahren (wie der Depoſitar), oder ſie für den possessor zu verwalten (wie bei dem Verwalter eines fremden Gutes), oder ſie einem Dritten zu überbringen (wie beim Boten). Oder kann die Abſicht des detentor dahin gehen, im eigenen Intereſſe die Sache zu detiniren, ſei es um ein perſönliches Recht in Beziehung auf die Sache auszuüben (wie z. B. beim Miether, Pachter, Kommodatar), oder ein ius in re an ihr auszuüben (wie beim Nießbraucher). Alle dieſe ſind nicht Poſſeſſoren, ſondern bloß Detentoren; denn es fehlt ihnen der Wille, die Sache ſich anzueignen. Sie wollen die Herrſchaft über die Sache nur für einen Anderen, oder

---

[27] Vgl. unten § 128 Nr. I.
[28] D. h. t. 41, 2 l. 3 § 12.

in dem beſchränkten Maße ausüben, welches ihnen eingeräumt iſt und erkennen als den eigentlichen Herrſcher, als possessor (und Eigenthümer) den Principal an. Sie ſind bloß Stellvertreter, Repräſentanten, Mittelsperſonen, durch die der possessor, der ſog. Principal ſeine possessio ausübt[29].

In einem weiteren Sinne werden aber auch ſie (die detentores) possessores und ihr Verhältnis possessio genannt[30]. Im eigentlichen techniſchen Sinne aber ſagen die römiſchen Quellen ganz richtig von ihnen: non possident, ſondern bloß in possessione sunt oder alieno nomine possident, d. h. ſie verwalten einen fremden Beſitz, oder tenent (corporaliter tenent) oder bloß naturaliter possident[31].

Übrigens kann es auch bei Sachen, die gar nicht in der possessio eines Anderen ſind, einen detentor geben. Hat z. B. der Beſitzer ſeine Sache verloren, ſo iſt er nicht mehr ihr possessor, weil er keine faktiſche Gewalt mehr über ſie hat. Findet ſie nun ein Dritter und nimmt ſie an ſich, aber nicht, um ſie ſich anzueignen, ſondern um ſie dem Verlierer, wenn er ſich auffinden läßt, zu geben: ſo iſt er bloß detentor, die Sache aber hat hier keinen possessor.

Ein bloßer detentor hat nach gemeinem römiſchen Recht keine Interdikte, um ſich in ſeiner detentio gegen Eigenmacht zu ſchützen. Stört ihn ein Dritter durch Eigenmacht oder entſetzt ihn gar ſeiner detentio, ſo kann er ſich hier poſſeſſoriſch nur durch den Principal (wenn er einen ſolchen hat) helfen[32]. Durch eine Störung oder Entſetzung des detentor nämlich iſt auch ſein Principal, der wirkliche Beſitzer in ſeinem Beſitze geſtört oder entſetzt. Dieſer kann dann gegen den Störer mit den (Nr. II 3 genannten) poſſeſſoriſchen Klagen auftreten und dadurch ſich und ſeinem detentor helfen[33].

---

[29] D. h. t. 41, 2 l. 9 l. 18 pr. verbis: »nec idem est«; l. 10 § 1; de vi 43, 16 l. 16 l. 1 § 22; Commodati 13, 6 l. 8; I. de interd. 4, 15 § 5. — Aber auch hier iſt die Frage eine rein faktiſche, z. B. mein Depoſitar unterſchlägt, mein Pachter maßt ſich das Grundſtück an und wirft mich zu dieſem Zweck hinaus.

[30] Z. B. D. de rei vind. 6, 1 l. 9; de V. O. 45, 1 l. 38 § 7.

[31] D. l. 9 cit.; de precar. 43, 26 l. 6 § 2.

[32] Bei gewaltſamer Entſetzung aus einer beweglichen Sache (rapina) hat aber der detentor die actio vi bonorum raptorum. Vgl. § 128 Beil. Lit. F Nr. II, 2.

[33] D. de vi 43, 16 l. 1 § 22, 23; l. 20; Savigny Beſitz 7. Ausg. S. 175 ff. Manche Partikularrechte aber, z. B. auch das Sächſiſche Geſetzbuch, geben auch dem de-

V. Modifikationen des Besitzbegriffs durch rechtliche Bestimmungen[34]. Diese gehen dahin:

A. Es giebt Fälle, in denen unser positives Recht eine possessio für unmöglich erklärt, wo sie an sich nach dem Besitzbegriff gar wohl möglich ist. Diese Fälle erklären sich daraus: der Besitz ist zwar nur die faktische Herrschaft über eine Sache mit dem animus domini. Aber diese Herrschaft genießt rechtlichen Schutz und hat gewisse rechtliche Folgen. Diesen Schutz und diese Folgen will das römische Recht jedoch nur gewähren, wo die dem faktischen Zustand entsprechende rechtliche Herrschaft wenigstens denkbar ist. Wo daher diese (das Eigenthum) gar nicht denkbar ist, negirt unser positives Recht auch die Möglichkeit und das Dasein einer possessio[35], sollten auch die Besitzfaktoren bei der Person vorhanden sein. Aus diesem Grunde

1) konnte ein des Eigenthums ganz Unfähiger keine possessio haben. Er kann zwar eine Sache in seiner Gewalt haben, kann auch den animus rem sibi habendi haben, aber er wird stets als bloßer detentor behandelt, wenn er auch den animus rem sibi habendi hat[36]. Indessen kommen diese Fälle bei uns nicht mehr vor, abgesehen vom peculium profectitium eines Hauskindes.

2) An einer Sache, welche gar nicht Gegenstand eines Privatrechts sein kann, die also extra commercium ist, wird eine possessio nicht als möglich anerkannt, obwohl in Beziehung auf sie die beiden Faktoren der possessio in einer Person vorhanden sein können[37]. Bei uns aber ist dies beinahe ohne alle Bedeutung, da die meisten Sachen, die bei uns nach gemeinem Recht extra commercium sind (§ 60), sich schon von selbst der ausschließlichen Herrschaft eines Einzelnen entziehen.

---

tentor das selbständige Recht, gegen fremde Eigenmacht sich in seiner Detention durch possessorische Klagen zu schützen, wenn er die Sache zu seinem Nutzen oder zu seiner Sicherung detinirt.

[34] In Beziehung auf diese Modifikationen sagen die römischen Juristen: Der Besitz sei doch nicht lediglich res facti; denn in Manchem hänge er auch von rechtlichen Bestimmungen ab. D. h. t. l. 49 § 1; Savigny l. c. S. 27 f.

[35] Statt zu sagen: es ist Besitz vorhanden, aber er wird nicht durch possessorische Rechtsmittel geschützt, sagen die römischen Quellen: es ist der Zustand nicht als possessio zu behandeln; deßhalb finden keine Interdikte statt.

[36] Dies war nach römischem Recht der Fall bei den Sklaven (D. h. t. 41, 2 l. 49 § 1 l. 24). Es war ferner nach dem älteren römischen Recht der Fall bei den Hauskindern, weil sie aktiv völlig vermögensunfähig waren (s. oben § 50).

[37] Vgl. oben § 124. Savigny l. c. § 9 S. 125 f.

B. Es giebt Fälle, in denen wegen Mangels des nöthigen animus an ſich nach dem Beſitzbegriff kein Beſitz vorhanden iſt, aber das poſitive Recht den Beſitz *als* vorhanden annimmt. Dieſe ſind

1) Ein *Willensunfähiger* kann nicht den animus domini haben, ſtreng genommen alſo keine possessio erwerben und haben. Allein es iſt des Verkehrs wegen nothwendig, und deßhalb nimmt auch unſer poſitives Recht es utilitatis causa an, daß Willensunfähige durch ihre geſetzlichen Vertreter Beſitz erwerben können [38].

2) In manchen Fällen ſchreibt das Geſetz Jemandem, in deſſen Gewalt die Sache iſt, der aber nicht den animus domini, ſondern einen andern animus hat, alſo an ſich bloß detentor wäre, juriſtiſchen oder Interdikts-Beſitz, alſo possessio im engern Sinne zu. Dieſe Fälle ſind:

a. Wenn der Beſitzer einer Sache ſie einem Gläubiger zum Fauſtpfand giebt, ſo würde er eigentlich possessor bleiben. Denn der *Fauſtpfandgläubiger* wird durch die Tradition der Sache nur ihr detentor, da er nicht die Sache ſich aneignen, ſondern ſie nur als Fauſtpfand inne haben will und den Verpfänder als den Herrn der Sache anerkennt. Allein als bloßer detentor hätte er (der Fauſtpfandgläubiger) nach römiſchem Recht nicht die Befugnis, ſich in ſeiner detentio gegen Eigenmacht Dritter durch poſſeſſoriſche Klagen zu ſchützen. Er müßte ſtets die Hilfe des Verpfänders in Anſpruch nehmen (Nr. IV a. E.). Dies aber fand das römiſche Recht gerade in dieſem Verhältniſſe ungeeignet, und deßhalb ſchreibt es dem Fauſtpfandgläubiger anomaler Weiſe die corporis possessio ſelbſt zu, ſo daß er ſich in ſeiner possessio durch Interdikte ſelbſtändig ſchützen kann. Der Verpfänder *verliert* alſo durch Beſtellung des Fauſtpfandes die possessio an der Sache. Da aber dadurch ihm (dem Verpfänder), wenn die Sache ihm nicht gehörte und er ſie bis jetzt im Uſukapionsbeſitze hatte, unmöglich würde, die Uſukapion zu vollenden, weil er nicht mehr Beſitzer der Sache iſt, ſo wird er zu *dieſem* Zweck, zumal da die Uſukapion auch dem Pfandgläubiger zu Gute kommen würde, noch als Beſitzer behandelt, ſoll alſo die Uſukapion fortſetzen können. Der Verpfänder gilt alſo beim Fauſtpfande zum *Zwecke der Uſukapion* noch als Beſitzer, er kann die Sache, auch während

---

[38] *Arndts* § 137 Note d u. unten § 126.

der Gläubiger ſie in Händen hat, uſukapiren; im Übrigen aber wird der Fauſtpfandgläubiger als possessor behandelt, obgleich er den animus rem sibi habendi nicht hat[39].

b. Wenn Mehrere über eine Sache proceſſiren und ſie bis zum Ausgang des Streits bei einem Dritten deponiren und zwar in der Abſicht, daß während dieſer Zeit Keiner von ihnen den Beſitz der Sache haben ſoll, ſo ſoll der Dritte (der Sequeſter) als corporis possessor gelten, obwohl er den animus domini nicht hat, damit doch Jemand da iſt, der im Intereſſe der Parteien gegen fremde Eigenmacht die Sache durch Interdikte wahren kann[40].

c. Denjenigen, welchem der Beſitzer einer Sache ſie precario überläßt, behandelt das poſitive Recht als Beſitzer, obwohl er den animus domini nicht hat[41].

d. Der Lehensmann beim deutſchen Lehen gilt, wenn er das Lehen in Händen hat, als corporis possessor, obwohl er nur ein ſehr ausgedehntes ius in re aliena an der Sache ausüben will. Sehr beſtritten iſt aber, ob nicht das Gleiche vom emphyteuta und Superficiar gilt. Allein dies iſt wohl zu verneinen[42].

Man nennt in den Fällen unter a—c (nach Savigny's Vorgang) den Beſitz einen abgeleiteten im Gegenſatz zu dem wirklichen Sachbeſitz, dem ſog. urſprünglichen als dem Eigenthumsbeſitz (der aber noch beſſer als wirklicher Beſitz bezeichnet würde), d. h. der faktiſchen Herrſchaft über die Sache mit dem animus domini. An dieſen abgeleiteten Beſitz aber knüpfen ſich häufig Irrthümer. Manche wollen dieſe Fälle noch auf andere Fälle ausdehnen. Dies iſt aber unzuläſſig, da man Singularitäten nicht analog ausdehnen darf[43]. Andere halten dieſe Fälle gar nicht für Singularitäten, indem ſie herausbringen wollen, daß auch in ihnen der Inhaber der Sache den animus domini habe. Dies iſt aber offenbar nicht wahr[44].

Andere endlich wollen aus den genannten anomalen Fällen herleiten, daß überhaupt zur corporis possessio ein animus do-

---

[39] D. de usuc. 41, 3 l. 16. Vgl. unten § 138 Beilage Lit. C. Savigny Beſitz § 24.
[40] Arndts l. c. Note k. D. depos. 16, 3 l. 17 § 1.
[41] Arndts § 135 Note l.
[42] S. unten § 164, 165. Arndts § 195 Anm. 3.
[43] Vgl. Savigny Beſitz § 23; Bangerow Pand. § 200. 7. Ausg. I. S. 357 f.
[44] Vgl. D. de publ. act. 6, 2 l. 13 § 1.

mini oder rem sibi habendi gar nicht erfordert werde und kommen dadurch auf einen ſo vagen und abgeflachten Begriff des Beſitzes, daß dadurch die Grenze zwiſchen possessio und detentio völlig verwiſcht würde. Unſere Quellen aber gehen mit Recht auf das Entſchiedenſte davon aus, daß an ſich zum Weſen des Sachbeſitzes der animus rem sibi habendi gehört. Nur anomaler Weiſe ſchreiben ſie in gewiſſen Fällen einem bloßen detentor possessio zu[45].

Will man daher den Sachbeſitz, possessio im engern Sinne, ſo definiren, daß die Definition auch jene anomalen Fälle umfaßt, ſo müßte man ihn dahin beſtimmen: er iſt die faktiſche Herrſchaft über eine Sache mit dem animus possidendi, d. h. entweder mit der Abſicht, die Sache ſich anzueignen (animus domini) — urſprünglicher, wirklicher oder Eigenthumsbeſitz — oder wenigſtens mit der Abſicht, die Sache in einem ſolchen Verhältniſſe inne zu haben, in welchem von den Rechtsquellen dem Inhaber possessio zugeſchrieben wird, z. B. mit der Abſicht eines Fauſtpfandgläubigers, — abgeleiteter Beſitz. Das römiſche Recht kam auf den anomalen abgeleiteten Beſitz bloß, weil es dem bloßen detentor als ſolchem keinen ſelbſtändigen Schutz durch Interdikte gab, aber den unter a—c angeführten Detentoren doch einen ſolchen geben wollte; um aber dies zu können, behandelte es ſie als possessores. Würde aber eine Geſetzgebung ſchon an ſich auch dem detentor das Recht geben, ſich durch poſſeſſoriſche Rechtsmittel in ſeiner detentio zu ſchützen, ſo bedürfte ſie der Anomalie eines abgeleiteten Beſitzes nicht. Deßhalb nehmen manche Landesrechte ſolchen abgeleiteten Beſitz gar nicht an, z. B. das Sächſiſche Geſetzbuch. Dieſes behandelt mit Recht die ſog. abgeleiteten Beſitzer bloß als detentores, was ſie auch in der That an ſich ſind; denn das Geſetzbuch hatte kein Bedürfnis, ſie für possessores zu erklären, da es ihnen ſchon als detentores das Recht giebt, ihre detentio ſelbſtändig durch poſſeſſoriſche Klagen zu ſchützen (ſ. Nr. IV a. E.).

VI. Die Art und Weiſe, wie man einen Beſitz erwarb, der Grund alſo, auf den ſich unſer Haben des Beſitzes ſtützt, die causa possessionis, iſt für die Frage, ob man Beſitzer ſei,

---

[45] Savigny Beſitz § 9, § 23. Arndts l. c. Anm. 1—3. Bruns Beſitz S. 2—4. S. 387 f., S. 411 f.

völlig indifferent. Allerdings aber ist es für die Rechtsverhältnisse wichtig, ob man auf rechtliche Weise den Besitz erwarb, z. B. durch traditio vom bisherigen Besitzer, oder ob es auf unrechtliche Weise geschah, z. B. durch Diebstahl. In dieser Hinsicht versteht sich die Regel: nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest[46] von selbst, d. h. wer den Besitz einer Sache auf einem gewissen Wege erworben hat, kann nicht durch sein bloßes Wollen bewirken, daß er nun so behandelt werde, als ob er auf einem ganz anderen Wege ihn erworben hätte, sondern es muß natürlich eine neue causa vorgefallen sein, wenn er als possessor ex alia causa gelten soll; z. B. N. stiehlt mir eine Uhr; er besitzt sie also (ex furto, somit) ex iniusta causa. Als ich sie später ihm abfordern will, kauft er sie mir ab. Nun besitzt er sie als Käufer, also ex iusta causa[47]. Im älteren römischen Recht hatte diese Regel eine besonders wichtige Bedeutung bei der usucapio pro herede lucrativa[48].

VII. Arten des Besitzes im weitern Sinn. Aus dem Angeführten ergeben sich verschiedene Eigenschaften, die ein Besitz haben kann und danach sind verschiedene Arten des Besitzes zu unterscheiden.

1) Der Besitz im weitern Sinn — die faktische Herrschaft über eine Sache ist entweder bloße detentio, Innehabung (s. Nr. IV), oder possessio im engern und eigentlichen Sinn, juristischer oder Interdiktsbesitz (s. Nr. I u. V a. E.).

2) Der letztere ist entweder der ursprüngliche und wirkliche (Eigenthums-)Besitz oder bloß abgeleiteter Besitz (s. Nr. V B 2).

3) Der Besitz einer fremden Sache kann — was für seine Folgen von Wichtigkeit ist, entweder bonae oder malae fidei possessio sein (oben Nr. I bei Anm. 5), ferner Usukapionsbesitz oder nicht (Nr. II 4).

VIII. Neuerlich hat Jhering in einer Abhandlung in seinen Jahrbüchern f. Dogmatik d. Rechts (Bd. IX 1868 S. 1—196) eine Revision der Lehre vom Besitz zu geben angefangen, welche gegen die herrschende Ansicht über Natur und Wesen des Besitzes gerichtet ist. Die Abhandlung ist auch besonders gedruckt unter dem Titel „Über den Grund des Besitzesschutzes, eine Revision der Lehre vom Besitz" Jena 1868. 2. verm. Ausg. 1869 (224 S. Nach dieser

[46] Arndts § 136 Anm. 1.
[47] D. de usurp. 41, 3 l. 33 § 1.
[48] Darüber gehört aber das Nähere in die Rechtsgeschichte.

2. Ausg. citire ich). Die Schrift ist mit Geist und großer Gewandtheit geschrieben und enthält manchen beachtenswerthen Gedanken; aber ihre Grundlage ist einseitig und unrichtig, giebt dem Besitz eine nicht zu rechtfertigende Richtung auf das Eigenthum und führt vielfach auf Resultate, die mit der Natur der Sache und mit unseren Quellen nicht in Einklang zu bringen sind.

1) Ihering geht davon aus, daß das römische Recht den Besitzschutz bloß aus Rücksicht auf den Eigenthümer der Sache eingeführt habe, und daß dies auch das legislativ Richtige sei. Allerdings ist, wie schon unter II 2 oben ausgeführt wurde, der bloße Besitzschutz auch für den wirklich Berechtigten, für Den, dem die Sache gehört, dem Eigenthümer der Sache, von großer Wichtigkeit; er ist dann nicht auf petitorische Rechtsmittel beschränkt, bei denen er den Beweis seines Eigenthums führen müßte, sondern kann sich als Besitzer der possessorischen Rechtsmittel bedienen, bei denen die Frage über das Recht ganz ausgeschlossen und der vom Kläger zu führende Beweis sehr erleichtert ist. Nach Iherings Behauptung nun sollen diese Interdikte bloß eingeführt worden sein, um diese Erleichterung des Beweises dem Eigenthümer der Sache zuzuwenden; denn wirklich verdiene nur der besitzende Eigenthümer einen solchen Schutz; der Besitzschutz sei daher aber eine nothwendige Ergänzung des Eigenthumsschutzes, eine dem Eigenthümer zugedachte Beweiserleichterung (S. 54. 64).

Freilich habe man, wenn man dem Eigenthümer jenen Schutz im Besitze geben wollte, bei welchem die Frage über das Recht ganz ausgeschlossen sein soll, dann auch denselben Schutz konsequenter Weise jedem Besitzer geben müssen; aber es sei bloß geschehen, um dem Eigenthümer einen solchen Schutz gewähren zu können.

Allein diese Ansicht, die Ihering (S. 46) selbst bloß für eine theoretische, für eine (rechts-)historische und (rechts-)philosophische erklärt, ist weder von der historischen noch von der philosophischen Seite zu rechtfertigen.

Zwar beruft sich Ihering (S. 45 f., 59, 61 u. a. anderen Stellen) auf das, auf den ersten Anblick blendende, Argument: bei Einführung des Besitzschutzes könne doch nur beabsichtigt gewesen sein, die ehrlichen Leute (also die Eigenthümer!) zu schützen; Niemand werde behaupten wollen, der Zweck sei gewesen, den Schutz auch für besitzende Diebe und Räuber einzuführen. Aber dabei beachtet Ihering nicht, daß keineswegs Jeder, welcher nicht Eigenthümer, sondern bloßer Besitzer ist, zu den unehrlichen Leuten gehört; es giebt viele Besitzer, die gar kein Recht an der Sache haben, und doch ganz ehrlich sind, und für die gerade der Besitzschutz von ganz besonderer Wichtigkeit ist, nämlich die bonae fidei possessores.

Gegen Ihering entscheidend ist aber, daß sich in unseren Quellen keine Andeutung dafür findet, bei der Einführung der Interdikte habe man eigentlich bloß den besitzenden Eigenthümer im Auge gehabt. Die Römer gingen (aus den unter III entwickelten Gründen) mit Recht davon aus, daß schon an sich jedem Besitzer als solchem possessorischer Schutz gegen Eigenmacht gebühre; daß der faktischen Herrschaft eines Besitzers über die Sache und seinem Besitzwillen in so weit auf dem Rechtsgebiete Achtung zu zollen ist, daß er, so lange nicht in einem petitorischen Processe gegen ihn ein überwiegendes Recht nachgewiesen werden kann, in seinem Besitze zu respektiren und zu schützen ist, daß deßhalb jeder possessor als solcher mehr Anspruch auf vorläufigen Schutz im Besitz habe, als sein Gegner, der ihn im Besitze stört oder ihn ihm entzieht, und daß es dabei gar nicht darauf ankomme, ob ihm ein Recht an der Sache selbst zukomme, und daß er selbst dann in seinem Besitze gegen Eigenmacht zu schützen sei, wenn er anerkennt, daß ihm die Sache nicht gehöre. Hiernach setzt das römische Recht den Grund des Besitzschutzes lediglich in den Besitz, in seine Natur und Bedeutung überhaupt (vgl. Nr. II), nicht in irgend eine besondere Rücksicht auf das Eigenthum (nicht, wie Ihering glaubt, darauf, daß der Besitzer möglicher oder präsumtiver Eigenthümer der Sache sei). Dies wird auch ganz klar gesagt in D. uti poss. 43, 17 l. 2.

2) Man könnte diese Ansicht Iherings auf sich beruhen lassen, wenn sie bloß ein theoretischer Irrthum, eine unrichtige legislative und rechtshistorische Auffassung wäre. Allein sie ist besonders deßhalb zu bekämpfen, weil Ihering ihr auch praktische Bedeutung für die Frage giebt: was Besitz sei, und wann Besitz vorhanden sei. Diese Frage aber, bei welcher selbst Arndts der Ihering'schen Ansicht (unbegründet) Konzessionen macht, wird von Ihering in einer Weise beantwortet, die zu einer Korruption des Besitzbegriffs führt. Ihering verwirft (S. 181) die herrschende Ansicht, nach welcher der Besitz in der faktischen oder physischen Herrschaft über die Sache mit dem animus rem sibi habendi besteht; er definirt (S. 187. 179. 63) den Besitz dahin: „Besitz ist die Thatsächlichkeit des Eigenthums" oder „das thatsächliche Bestehen des Eigenthums". Würde Ihering dadurch bloß andeuten wollen, daß der Besitz ein bloß faktischer Zustand im Gegensatz zum Rechte an der Sache selbst sei, daß der Besitzer als solcher faktisch, also bloß thatsächlich die Herrschaft über die Sache übe und sie für sich üben wolle, wie ein Eigenthümer sie rechtlich habe: so würde dies auf den richtigen Begriff des Besitzes führen. Allein er versteht darunter etwas ganz Anderes. Er sagt (S. 179. 189): Thatsächlichkeit des Eigenthums, also Besitz, sei „der normale äußere Zustand einer Sache, in welchem sie ihre ökonomische Bestimmung erfülle, dem Menschen zu dienen". Man müsse nämlich, führt er (S. 179 f.) aus, die normale Lage von Sachen, die ihnen ihr Eigenthümer gebe, von der abnormen unterscheiden. Die meisten seiner Sachen pflegt der Eigenthümer unter besonderer Obhut zu halten, z. B. in seinem Hause zu haben; dabei gebe es doch auch gewisse Sachen, die selbst ein Eigenthümer ohne besonderen Schutz und ohne Aufsicht liegen zu lassen pflege, z. B. den Pflug über Nacht auf dem Felde, die geschnittenen Garben u. dergl. Dieses sei der normale Zustand der Sachen der betreffenden Art; auf diese Weise werde ein regelrechter oder sorgsamer Eigenthümer seine Sachen halten; dieser Zustand sei Jedem sichtbar; es ergebe sich aus ihm, daß die Sache dem Eigenthümer diene. Dies sei die Thatsächlichkeit oder Sichtbarkeit des Eigenthums und heiße der Besitz. Er sei die Art und Weise, wie ein sorgsamer Eigenthümer seine Sache halte; sein Dasein und seine Fortdauer bestimmen sich ganz nach der Lage, in der ein sorgsamer Eigenthümer seine Sache zu behandeln pflege (S. 189. 192. 209 f. 214 f. 219. 222—224). Befinde sich die Sache nicht in einem solchen normalen Zustande, sondern in einem abnormen, in welchem ein Eigenthümer sein Eigenthum nicht auszuüben pflege, z. B. wenn der Jäger seine Jagdtasche absichtlich im Walde liegen lasse, so sei sein Besitz sofort verloren (er mache es nicht wie ein regelrechter Eigenthümer). Die Frage, ob Besitz vorhanden sei, beantworte sich daher einfach danach: wie ein Eigenthümer die betreffende Art von Sachen zu halten pflege (S. 160. 189. 209. 210. 214. 223). Daraus leitet denn Ihering eine Reihe von Konsequenzen für Besitzerwerb und Verlust her.

Es ist unbegreiflich, wie Ihering den Besitz vom Verhalten eines sorgsamen regelrechten Eigenthümers abhängig machen kann. Darin liegt eine völlige Verkennung der Natur des Besitzes und eine ganz ungerechtfertigte Einmischung des Eigenthums in die Besitzfrage. Wenn er zunächst (S. 181 f. 161 f. und an vielen anderen Stellen) gegen die herrschende Ansicht, nach welcher der Besitz lediglich in der faktischen (oder physischen) Herrschaft mit dem Aneignungswillen besteht, zu beweisen sucht, daß mit ihr der Inhalt unserer Quellen nicht vereinbar sei: so argumentirt er aus einer ganz falschen Prämisse; er nimmt „faktische oder physische Herrschaft" über eine Sache in einem viel zu engen (und unnatürlichen Sinn, als ob zu ihr nöthig sei, daß man immer bei oder auf der Sache (dem Grundstück ꝛc.) sich befinde, oder sie wenigstens in der Art verwahrt habe, daß nicht Jeder sie nehmen könne. Das ist aber eine ganz falsche Beschränkung des Begriffs der faktischen Herrschaft, die von unseren Quellen entschieden verworfen wird (s. § 125 u. 127). Ebenso unhaltbar (und unpraktisch) ist Das, was Ihering an die Stelle der faktischen Herrschaft setzen will, das Verhalten eines sorgsamen Eigenthümers und die daraus sich ergeben sollende Sichtbarkeit des Eigenthums! Dieses Verhalten kann allerdings nach Umstän-

den von Bedeutung sein für Konservirung der Gewalt, die man über die Sache hat; auch kann aus ihm häufig auf das Dasein des zum Besitz erforderlichen Aneignungswillens geschlossen werden. Aber an sich ist beim Besitze ein solches sorgsames Verhalten indifferent. Denn es kann häufig vorhanden sein, ohne daß daraus ein Schluß auf Besitz oder gar auf Eigenthum sich ziehen läßt — z. B. daraus, daß eine Sache in meinem Hause sich befindet und von mir sorgsam verwahrt wird, folgt nur, daß ich ihr detentor, aber noch keineswegs, daß ich ihr possessor bin (und eben so wenig die „Sichtbarkeit des Eigenthums"). Es kann aber auch (jenes Verhalten) fehlen; es kann sein, daß der Eigenthümer seine Sache leichtsinnig, unordentlich behandelt, ohne daß daraus ein sicherer Schluß gegen das Dasein des Besitzes gezogen werden kann. Gerade, wenn er seine Sache mißbraucht und leichtsinnig behandelt, so erkennt man daraus oft noch mehr, daß er sich als Eigenthümer fühlt und gerirt, als wenn er sie sorgsam wie ein Verwalter fremden Guts behandelt.

Übrigens hängt die „Sichtbarkeit des Eigenthums" gar nicht immer bloß von der äußeren Lage der Sache ab; sie kann nach Umständen auch bei einer abnormen Lage der Sache vorhanden sein; z. B. ein werthvoller Ring, eine mit Banknoten gefüllte Brieftasche werden auf der Straße gefunden. Hier ist die Sichtbarkeit des Eigenthums nicht ausgeschlossen, wenngleich sie in dieser Lage dem Eigenthümer nicht dient.

Aber man kann von allem Diesem absehen und sich auf die Frage beschränken: wie soll es denn sich begründen lassen, daß das Verhalten eines Eigenthümers und zwar bloß das eines sorgsamen, und die Sichtbarkeit des Eigenthums ein wesentliches Moment des Besitzbegriffes sei? daß bloß die Weise, wie ein sorgsamer Eigenthümer die Sache hält, Besitz sei? und wie soll sich dieses Hereinmischen des Eigenthums in die Besitzfrage rechtfertigen?

Bei seiner ganzen Ausführung und bei seiner Behauptung (S. 185), das Eigenthumsinteresse bestimme der Besitzbegriff (!) kommt Ihering in einen direkten Widerspruch mit dem Ausspruche der Quellen in D. h. t. l. 12 § 1: »nihil commune habet possessio cum proprietate«, und beachtet er nicht die von ihm selbst (S. 46) angeführte, von den römischen Juristen wiederholt ausgesprochene Warnung, nämlich, Eigenthum und Besitz nicht miteinander zu vermengen (D. h. t. 41, 2 l. 52; uti poss. 43, 17 l. 1 § 1). Nirgends machen die römischen Quellen die Besitzfrage irgend abhängig von der Art, wie ein sorgsamer Eigenthümer sein Eigenthum ausübt, oder vom Interesse des Eigenthums (im Gegensatz zum Besitz), sondern lediglich von der faktischen Herrschaft und Gewalt über die Sache mit dem Aneignungswillen. Nur muß man den Begriff einer faktischen Herrschaft richtig auffassen (s. unten § 125. 127). Auf diese faktische Herrschaft, also auf den Besitz (nicht Eigenthum), kann allerdings häufig aus der äußeren Lage der Sache mehr oder minder geschlossen werden; es kann aus dieser Lage sichtbar oder wahrscheinlich sein, daß die Sache einen Besitzer hat; aber jene Herrschaft kann auch vorhanden sein und ist sehr häufig vorhanden, wenn sie äußerlich nicht in die Augen fällt und kann fehlen, wo sie nach der äußeren Lage der Sache vorhanden zu sein scheint. Auch kann natürlich aus der Art und Weise, wie Jemand eine Sache behandelt, namentlich wenn er mit ihr umgeht, wie ein Eigenthümer mit seiner Sache umzugehen pflegt (aber nicht bloß wie ein „sorgsamer" Eigenthümer), häufig ein Schluß darauf gezogen werden, daß er den animus rem sibi habendi habe, daß also auch der zweite Besitzfaktor, der Aneignungswille, in ihm vorhanden ist.

Bloß Letzteres und nichts Anderes sagt auch die cst. 2 Cod. de poss. 7, 32. Gerade in dieser Stelle will Ihering (S. 193) eine besondere Bestätigung seiner Ansicht finden; sie soll (wie er sagt) „eine quellenmäßige Formulirung seiner ganzen Besitztheorie enthalten", und auf sie kommt er daher immer wieder zurück (S. 193. 210 f. 219). Sie beweist aber nicht das Geringste dafür. Die Stelle spricht von dem Falle, in welchem der Käufer einer Sache mit Willen des bisherigen Besitzers, des Verkäufers, die Sache in seine Gewalt nahm, aber sich später Skrupel darüber machte, ob er wirklich Besitzer sei, und darauf giebt ihm

auf seine Anfrage der Käufer den Bescheid: er sei allerdings Besitzer, da er ja selbst angebe, er habe längst die faktische Herrschaft über die Sache (diu in possessione fuisse, d. h. habe die Sache detinirt) und habe sich stets wie ihr Eigenthümer gerirt (omniaque ut dominum gessisse; dies kann auch in einem Mißbrauche bestanden haben), d. h. also den Aneignungswillen bewiesen. Damit sagt also die Stelle nichts Anderes, als: zum Besitz wird Nichts weiter erfordert, als daß die beiden Faktoren, faktische Herrschaft über die Sache (detentio) und Aneignungswillen (das Für sich haben wollen) vorhanden sind.

Es ist wirklich nicht zu begreifen, wie Ihering in dieser Stelle eine Formulirung seiner Theorie finden kann! — Und doch scheint auch Arndts in und bei Anm. 5 des § 135 dieser Stelle gleiches Gewicht beizulegen! Denn Arndts hat sich durch Iherings Ausführung leider bestimmen lassen, in seinem Kompendium von der 7. Ausgabe an (§ 135 und 142) Manches zu ändern, was er nicht hätte ändern sollen und der Ansicht Iherings (die er übrigens in § 139 Anm. 2 nicht einmal richtig wiedergiebt) Konzessionen zu machen.

Beilage.

Redlicher, unredlicher Besitz.

Wer eine fremde, ihm nicht gehörige, Sache im Eigenthumsbesitze (also animo rem sibi habendi) hat, ist redlicher Besitzer derselben (bonae fidei possessor, Besitzer in gutem Glauben), wenn er glaubt, die Sache rechtmäßig, d. h. auf eine Weise die ihn nach dem bestehenden Recht befugen würde, sie wie die seinige zu behandeln, erworben zu haben und deßhalb sie als die seinige behandeln zu dürfen. Dieser Glaube wird daher in der Regel in der Meinung bestehen, Eigenthümer der Sache geworden zu sein. Indessen darf man doch die bona fides nicht, wie es meist von den Älteren und auch von vielen Neueren, selbst noch von v. Keller Pandekten § 133 geschah, dahin definiren, daß sie in dem Glauben, Eigenthümer der Sache zu sein, bestehe. Denn es giebt Fälle, in welchen auch Dem eine bona fides zugeschrieben wird, welcher weiß, daß die Sache ihm nicht gehört, wenn er sie nämlich auf eine Weise erworben hat, die ihn befugt, sie durchaus wie die seinige zu behandeln und er deßhalb den animus rem sibi habendi hat, wenn auch nicht die opinio dominii; D. 9, 4 de noxal. act. l. 28, Cujacius Tract. ad. African. Tract. VI ad l. 2 8 cit., s. auch unten 3, c a. E. und § 134. Aber in der Regel besteht allerdings der gute Glaube (bona fides) des Besitzers in der Meinung, daß ihm die Sache gehöre, also er ihr Eigenthümer sei, der böse Glaube (mala fides) in der Überzeugung, daß ihm die Sache nicht gehöre, daß sie eine fremde sei, und deßhalb bezeichnen auch die Quellen die bonae fidei possessio durch dominii cogitatione possidere (C. 6, 2 de furt. cst. 21), rem existimare suam esse (D. 41, 3 d. usurp. l. 36 § 1; 41, 10 pro suo l. 5, s. auch 5, 3 de H. P. l. 31 § 3), die mala fides durch scire oder cognoscere rem alienam esse und dergl. (D. de usurp. l. 15 § 2 l. 38; I. 2, 1 de R. D. § 35). — Von Vielen, auch von Arndts § 160, wird Begriff und Wesen der bona fides anders bestimmt, indem sie dabei von der Bedeutung ausgehen, welche der Glaube des Besitzers einer fremden Sache für die Usukapion (ordentliche Ersitzung) hat und daher den Begriff der bona fides nach ihrer Wirksamkeit für Usukapion bestimmen. Allein dies ist unrichtig. Die bona fides ist lediglich eine Thatsache, deren Dasein von ihren möglichen rechtlichen Wirkungen unabhängig ist; auch ist sie nicht bloß für Usukapion von Bedeutung, sondern auch noch in vielen anderen Beziehungen, so für manche Klagen, zu denen der bonae fidei possessor berechtigt ist (Ihering Abhandlungen 1844 S. 98 f.), für Fruchterwerb (§ 136 Beil.) und ganz besonders für die Verantwortlichkeit wegen der Sache, die man besitzt, also namentlich für die Haftpflicht bei der rei vindicatio, Publiciana actio und hereditatis petitio (§ 143 Beil. II), nach justinianischem Recht auch für die außerordentliche Ersitzung, und nach kanonischem Recht für die Unterbrechung der Ersitzung (durch

mala fides superveniens). In allen diesen Beziehungen ist der Begriff der bona fides derselbe. Nur entsteht dabei die Frage, ob jede bona fides, ohne Rücksicht auf die Gründe, auf welche sie sich stützt, fähig ist, diese oder jene rechtliche Wirkung zu begründen, eine Frage, die z. B. bei der Usukapion zu verneinen ist, aber dann bejaht werden muß, wenn das Gesetz zu einer gewissen Wirkung lediglich bloß bonae fidei possessio verlangt. Namentlich ist es

1) für den Begriff und das Dasein der bona fides an sich indifferent, ob der Besitzer einen rechtlichen Erwerbsgrund für seinen Erwerb nachweisen kann oder nicht. Zwar wird sich der gute Glaube eines Besitzers in der Regel darauf stützen, daß er die Sache durch eine Erwerbart erlangte, welche an sich nach dem bestehenden Recht auf den Erwerber Eigenthum zu übertragen fähig ist (iustus titulus), ihm aber die Mängel unbekannt waren, die im konkreten Falle den Eigenthumserwerb hinderten, z. B. wenn er die Sache in Folge einer Veräußerung (Kauf, Schenkung und Tradition ꝛc.) erwarb, aber nicht wußte, daß dem Veräußerer die Sache nicht gehörte oder irrig glaubte, derselbe sei im Namen des Eigenthümers zu veräußern berechtigt gewesen und dergl.; D. 50, 17 de V. S. l. 109; 18, 1 de C. E. l. 27; I. 2, 1 de rer. div. § 35. Wenn aber auch der Besitzer einen solchen besonderen Grund seiner Erwerbung nicht nachweisen kann, sondern bloß überzeugt ist, die Sache rechtmäßig erworben zu haben und sich deßhalb für den Eigenthümer hält: so ist er doch bonae fidei possessor; wenn z. B. der Besitzer einer großen Bibliothek, welcher die einzelnen Bücher zu verschiedenen Zeiten theils gekauft, theils eingetauscht, theils geschenkt, theils vermacht erhalten hat, überzeugt ist, daß er alle zur Bibliothek gehörigen Bücher auf einem dieser Wege vom Eigenthümer erworben habe, aber von vielen einzelnen Büchern sich des Erwerbsgrundes nicht mehr erinnern kann: so besitzt er diese doch bona fide, wenn er auch den speciellen iustus titulus für das einzelne Stück weder nachzuweisen noch auch nur anzugeben vermag.

2) Das Dasein der bona fides an sich hängt auch nicht, wie Viele annehmen, von der Entschuldbarkeit oder Unentschuldbarkeit des Irrthums ab, aus welchem der Besitzer sich redlich für den Berechtigten hält, weil der gute Glaube lediglich eine Thatsache ist, bei der es nicht auf ihre Gründe, sondern bloß auf ihr Dasein ankommt. Deßhalb wird auch durch Rechtsirrthum der gute Glaube nicht ausgeschlossen; nur muß der Weg, durch welchen der Besitzer die Sache erworben zu haben glaubt, ein gesetzlicher, d. h. ein solcher sein, der ihn an sich befugen würde, die Sache als die seinige zu behandeln, es muß der Rechtsirrthum der Art sein, daß das Verhältnis so, wie es sich der Besitzer vorstellt, ein Unrecht nicht enthalten würde; z. B. der Nießbraucher, welcher sich Erzeugnisse des nießbräuchlichen Grundstücks, die nicht unter den Fruchtbegriff fallen (§ 66 Beil. Nr. I. a Nr. II), aneignet, weil er aus Rechtsirrthum glaubt, daß sie unter den Fruchtbegriff fallen und deßhalb ihm gehören, oder sich den ganzen im Grundstück gefundenen Schatz aneignet, weil er glaubt, ihm als Finder und Nießbraucher gehöre der ganze Schatz, ist bonae fidei possessor der Sachen, obwohl seine bona fides sich lediglich auf einen Rechtsirrthum stützt; I. 2, 6 de usuc. § 5; D. 41, 3 e. t. l. 36 § 1 l. 37. Ferner: wer Sachen eines Verstorbenen an sich nimmt und sich aneignet, weil er aus Rechtsirrthum sich für den dazu berechtigten Erben hält, z. B. glaubt, er gehe als Oheim des Verstorbenen dem Neffen desselben bei der Intestaterbfolge vor, oder das wegen zu geringer Zeugenzahl nichtige Testament, in welchem er zum Erben eingesetzt ist, sei gültig, weil eine solche Zahl nach seiner Meinung zu einem Testament genüge, — ist bonae fidei possessor der Sachen, weil er nach seiner durch den Rechtsirrthum bestimmten Vorstellung die Sachen durch Intestat- oder Testamentserbfolge, also auf einem Wege erworben zu haben glaubt, welcher ihn nach dem bestehenden Recht wirklich befugen würde, sie als die seinigen zu behandeln D. 5, 3 de her. pet. l. 25 § 6 vergl. auch 10, 4 ad exhib. l. 14; 40, 12 de lib. caus. l. 12 § 3; 48, 15 ad l. Bab. l. 3 pr. Wer dagegen z. B. eine Sache dem Eigenthümer entwendet hat und sich darauf berufen würde, er habe Entwendungen für erlaubt und deßhalb den Erwerb für

einen rechtmäßigen gehalten: ist nicht bonae fidei sondern, malae fidei possessor, weil er auf einem Wege die Sache erworben zu haben glaubt, der ihn gar nicht nach dem bestehenden Recht befugen könnte, sie als die seinige zu behandeln, und Das, was er wirklich wollte (eine fremde Sache mit dem Bewußtsein, daß sie fremd ist, entwenden, den Thatbestand eines Unrechts bildet.

3) Hiernach wird man Arndts § 160 nicht beistimmen können, wenn er den Besitzer im guten Glauben dahin definirt: „er darf keine Kenntnis derjenigen Umstände haben, wegen welcher sein Erwerb als ein materiell unrechtlicher erscheint und welche daher der sonst möglich gewesenen Erwerbung des Eigenthums wirklich entgegen standen". Denn es kann a. Fälle geben, in welchen der Besitzer die Kenntnis dieser Umstände hat und doch in bona fide ist; s. Nr. 2 und die dort angeführten Beispiele des Nießbrauchers und des vermeintlichen Erben. Auch ist b. die bona fides als solche etwas Positives, eine Überzeugung des Besitzers über sein Verhältnis zur Sache, nicht etwas bloß Negatives, das bloße Nichtwissen von Mängeln des Erwerbs; dieses ist nur ein Fundament der bona fides; sie selbst aber ist der Glaube des Besitzers, berechtigt zu sein, die Sache als die seinige zu behandeln; vgl. auch Windscheid Pandekten § 176 Note 3, 5. Überdies kann c. auch bei dem Nichtwissen von jenen Mängeln dennoch mala fides vorliegen, wenn nämlich der Besitzer seinen Erwerb irrig in anderen Beziehungen für mangelhaft hält; z. B. A. verkauft an B. eine Sache, die ihm gehört, ist aber noch minderjährig und kann daher nicht Eigenthum übertragen; der Käufer B. hält ihn für volljährig, kennt also nicht den Mangel, der allein seinen Eigenthumserwerb hindert, glaubt aber, A. habe die Sache gestohlen, sie gehöre also gar nicht dem A.; hier ist B. nicht bonae, sondern malae fidei possessor; D. 41, 3 de usurp. l. 32 § 1, vgl. auch Boecking Pandekten II § 147 Note 4. Zwar sind hierin Viele anderer Meinung, namentlich auch Windscheid Pandekten § 177 Nr. 5 unter Berufung auf l. 2 § 2 pro emt. 41, 4. Allein die die l. 32 § 1 kann man doch nicht mit der Hypothese removiren, daß sie eine dem dort excerpirten Juristen „eigenthümliche Meinung vortrage"; die l. 2 § 2 cit. aber bezieht sich nicht auf die vorliegende Frage, sondern ist wohl so zu erklären: wenn Dem, der bloß ein bedingtes Recht wegen einer Sache hat, z. B. sie unter einer Suspensivbedingung kaufte oder geschenkt oder vermacht erhielt, die Sache vorläufig übergeben wird (§ 78 Beil. I Nr. 7, a): so besitzt er sie zwar rechtmäßig und ist nicht in mala fide, aber er besitzt sie nicht ad usucapionem, weil ihm der iustus titulus fehlt und sein Besitz ein bloß abgeleiteter ist (D. 6, 2 de publ. act. l. 13 § 1); tritt jedoch später die Bedingung ein, ohne daß er davon weiß, so hat er nun von da an die Sache iusto titulo, und da er jedenfalls die Absicht hatte, für den Fall des Eintritts der Bedingung die Sache wirklich als die seinige (also nicht im bloß abgeleiteten Besitz) zu haben: so behandelt ihn die l. 2 § 2 cit., freilich nicht ohne Zweifel, schon von da an als im wirklichen zur Ersitzung führenden Eigenthumsbesitz befindlich; vgl. auch D. de usurp. l 44 § 7 a. E. — Mit dem unter c. Gesagten darf man aber nicht die ganz andere Frage verwechseln, ob, wenn eine Thatsache durchaus unmangelhaft und geeignet zur Rechtserwerbung ist, der Empfänger aber sie für mangelhaft hält, trotz seiner mala fides das Recht auf ihn übergehe. Dies ist zu bejahen; z. B. wenn in dem unter c. angeführten Falle A. volljährig war: so erwirbt B. durch die Übergabe der Sache das Eigenthum, obwohl er sie für gestohlen hielt, weil der Übergang eines Rechts, wenn alle sonstige Erfordernisse seiner Erwerbung im konkreten Falle vorhanden sind, durch den Glauben des Erwerbers nicht bedingt ist; D. 22, 6 de iur. ign. l. 9 § 4.

Arten des Beſitzes im weitern Sinn.

§ 123.

(Arndts § 136.)

Die Arten des Beſitzes ergeben ſich aus dem oben (§ 122 Nr. II. IV. V.) Ausgeführten[1]. Dabei iſt noch zu erwähnen:

1) Possessio iniusta und vitiosa. Iniusta heißt eine possessio, wenn der Beſitz durch ein Delikt erworben wurde, z. B. durch Diebſtahl, Unterſchlagung, Raub. Dieſer Beſitz iſt aber nicht, wie Manche[2] meinen, ganz identiſch mit der possessio vitiosa. Denn vitiosa possessio heißt ein Beſitz, der einen der drei Mängel hat, durch welche eine exceptio beim interdictum retinendae possessionis[3] begründet wird. Dahin gehören allerdings zwei Fälle der possessio iniusta (vi und clam); aber auch noch ein dritter Fall, der precario erworbene Beſitz, der an ſich eine possessio iusta iſt[4].

2) Die römiſchen Quellen unterſcheiden noch eine civilis und naturalis possessio, Ausdrücke, über deren Bedeutung viel Streit von je her war. Savigny und nach ihm Viele glauben, civilis possessio ſei der Ausdruck geweſen, mit dem die Römer den Uſukapionsbeſitz[5] bezeichneten. Jeden andern Beſitz ſollen ſie naturalis possessio genannt haben: Es bedeute alſo naturalis possessio bald die malae fidei possessio, bald die possessio sine iusto titulo, bald den bloßen abgeleiteten Beſitz, weil man in allen dieſen Fällen zwar beſitzt, aber nicht ad usucapionem; bald endlich die bloße detentio, weil man bei dieſer gar nicht im engern Sinn beſitzt, alſo ſchon deßhalb nicht uſukapiren kann. Andere (namentlich Thibaut) meinen, jeder Interdiktsbeſitz, alſo der Eigenthumsbeſitz und der abgeleitete Beſitz habe civilis possessio geheißen; nur die bloße detentio (§ 122 IV) ſei durch naturalis possessio oder durch naturaliter possidere bezeichnet worden. Wieder Andere, z. B. Vangerow, glauben, civilis possessio heiße bloß der urſprüngliche oder Eigenthumsbeſitz; naturalis possessio bedeute den abgeleiteten Beſitz und

---

[1] S. § 122 Nr. VII.
[2] Auch Arndts l. c.
[3] Arndts § 142 Note g. Vgl. unten § 128 Beil. Lit. A Nr. 4 c.
[4] D. de publ. act. 6, 2 l. 13 § 1.
[5] S. § 122 Nr. II 4.

Ehegatten) „abgeleitet wird". In diesen letzteren Fällen könne zwar faktisch der animus domini vorhanden sein, aber in den Augen des Gesetzes sei er nicht vorhanden und daher der Besitz nur eine possessio naturalis.

Diese Ansicht (mit welcher im Wesentlichen auch die von Buchardi Archiv für civilistische Praxis Bd. XX S. 14 ff. ausgeführte Ansicht übereinstimmt; unterscheidet sich von der vorigen eigentlich bloß darin, daß sie den sog. abgeleiteten Besitz und die possessio aus einem civilrechtlich nichtigen Rechtsgeschäft von der civilis possessio ausscheidet und noch zur naturalis zählt. Das Letztere ist zwar richtig; allein unrichtig ist, daß jeder sog. Eigenthumsbesitz, also Detention verbunden mit dem animus domini eine civilis possessio sei. — Bangerow geht davon aus, daß jeder Eigenthumsbesitz, aber auch nur ein solcher, vom positiven Rechte durch Interdikte geschützt gewesen sei und deßhalb und weil ohne ihn Usukapion undenkbar sei, sich auf ihn der Ausdruck possessio civilis bezogen habe, daß aber, als das spätere Recht doch auch in einigen Fällen, in denen der animus domini fehlte (in den Fällen des sog. abgeleiteten Besitzes) aus besonderen Gründen das Recht zu Interdikten gegeben habe, dadurch der einmal fixirte Sprachgebrauch nicht geändert, sondern für diese Fälle die Bezeichnung naturalis possessio beibehalten worden sei. — Allein zunächst ist es völlig unbewiesen, daß der technische Ausdruck civilis possessio sich bei den Römern gebildet habe, ehe sie noch einen abgeleiteten Besitz, z. B. beim Faustpfandgläubiger, annahmen, zumal da sich solche Kunstausdrücke erst allmählich bei Ausbildung der Wissenschaft bilden. Sodann streitet gegen diese Ansicht, wie gegen die unter Nr. 1, daß die Römer niemals das Prädikat civile einem von ihrem positiven Rechte geschützten Institute beilegen, wenn es diesen Schutz nur durch das prätorische Recht erhielt, wie auch Bangerow kein Beispiel vom Gegentheil nachweisen konnte (man denke nur an actio, obligatio, cognatio civilis, negotium civile). Überdies wird diese Ansicht dadurch völlig widerlegt, daß eine von ihrem Manne beschenkte Frau Eigenthumsbesitz hat (d. h. sie hat die Sache in ihrer Gewalt animo rem sibi habendi) und sich in diesem Besitz durch Interdikte schützen kann, ihr aber dennoch die civilis possessio in den Quellen abgesprochen wird, während Bangerow behauptet, „daß der Ausdruck possessio civilis sich auf jeden mit dem animus domini verbundenen Besitz beziehe", hiernach also auch die beschenkte Frau possessio civilis haben müßte. Diesem Einwand sucht Bangerow (S. 349. 353) dadurch zu entgehen, daß er sagt, die beschenkte Frau dürfe den animus domini nicht haben, weil sie in einem solchen Falle durch ein ungültiges Rechtsgeschäft besitze, und deßhalb habe sie eine bloße Detention an der geschenkten Sache; indessen sei ihr doch, da sie nicht in fremdem Namen besitze und auch kein Dritter den Eigenthumsbesitz an der Sache habe, das Recht zu Interdikten eingeräumt worden, weil „ja sonst in einem solchen Falle Niemand der Klagberechtigte sein würde". — Allein diese Erklärung ist eine mehr als gezwungene und häuft viele innere Widersprüche. Nach ihr soll die beschenkte Frau nicht possessio haben, und doch besitzt sie nicht auf fremden Namen, sondern auf eigenen Namen und hat den animus domini; die possessio civilis soll sich auf „jeden mit dem animus domini verbundenen Besitz beziehen" (Bangerow S. 349), die beschenkte Frau verbindet mit ihrem Besitz (faktisch) wirklich den animus domini, und doch soll sie nicht possessio civilis haben! Auch ist der Grund, aus welchem Bangerow hier der Frau zum Schutz in einer bloßen detentio das Recht zu Interdikten geben will (weil sonst Niemand da wäre, welcher possessorische Klagrechte in einem solchen Falle hätte) nicht wohl zu begreifen. Allerdings hat in einem solchen Falle der Ehemann keine possessorische Interdikte, weil er den Besitz weggegeben hatte; allein wie soll daraus folgen, daß nun die Frau eine bloße Detention durch Interdikte gegen alle sonstige Grundsätze des römischen Rechts, das dem bloßen detentor keine Interdikte giebt, soll schützen können? Bei einer solchen Argumentation müßte man ja auch sonst einem detentor das Recht zu Interdikten geben, wenn gerade kein possessor da ist, der es haben könnte, z. B. dem Pachter, der nach dem Tode des Ver-

über diese Bedeutung und ist es noch. Die verschiedenen Ansichten s. bei Savigny Besitz § 10 S. 139 ff. und Rudorff zu Savigny Nr. 40 S. 614 ff.; über die Verwirrung, welche über diese Eintheilung bei den Glossatoren und Postglossatoren und den späteren Civilisten herrschte, s. Bruns Recht des Besitzes S. 106 ff. 253. 309 ff. 388 ff., auch Maaßen im Jahrbuch des gemeinen Rechts Bd. II S. 477 ff).

I. Eine Ansicht, welche bei den älteren Civilisten sehr verbreitet war und in unserer Zeit hauptsächlich von Thibaut (Archiv für civilistische Praxis Bd. XVIII S. 317 ff.) vertheidigt wurde, auch sonst noch Anhänger unter den neueren Civilisten hatte (z. B. K. Pfeifer Was ist und gilt im römischen Recht der Besitz? Tübingen 1840 S. 30 ff., Warnkönig im angeführten Archiv Bd. XX S. 178 ff. Sintenis Civilrecht I § 42 Note 23, 24), geht dahin: possessio civilis bedeute jede eigentliche possessio (Besitz im engern Sinne), somit nicht bloß den sog. ursprünglichen oder Eigenthumsbesitz (die faktische Herrschaft über die Sache mit dem animus rem sibi habendi), sondern auch den sog. abgeleiteten, z. B. den Besitz des Faustpfandgläubigers. Jene Bezeichnung soll der Besitz im engern Sinne deßhalb haben, weil er durch ein Institut des positiven römischen Rechts, die Interdikte, geschützt wird. Naturalis possessio dagegen bezeichne die bloße Detention der Sache. Allein diese Ansicht steht im entschiedensten Widerspruche mit unseren Quellen. Wenn z. B. der Mann seiner Frau eine Sache schenkt und übergiebt: so hat die Frau an der Sache wirkliche possessio (Besitz im engern Sinne), weil sie sie in der Gewalt hat mit dem animus rem sibi habendi (nur fehlt ihr natürlich eine iusta causa für ihren Besitz, weil Schenkungen zwischen Ehegatten unzulässig sind). Nach jener Ansicht müßte daher die Frau an der Sache eine civilis possessio haben; aber in D. de don. int. vir. 24, 1 l. 26 pr. wird ihr diese abgesprochen und gesagt iure civili besitze sie nicht, und in D. de vi 43, 16 l. 1 § 9, 10 wird ihr bloß eine naturalis possessio beigelegt (»denique« in § 10 cit. heißt: folglich, ein Sinn, in dem es in den Quellen häufig vorkommt). Zwar suchte Thibaut a. a. O. diese Stellen mit seiner Ansicht in Einklang zu bringen; aber die Auslegung, die er von ihnen giebt, ist eine offenbar durchaus unhaltbare, s. besonders Savigny Besitz § 7 S. 79 ff. (6. A. S. 72), G. Thon im Rheinischen Museum Bd. IV S. 118—131, s. auch unten Nr. V a. E. Überdies spricht gegen jene Ansicht, daß die Interdikte, durch welche der Besitz im engern Sinne geschützt wird, zwar ein Institut des positiven römischen Rechts, aber bloß ein Institut der prätorischen Edikte sind; bei solchen Instituten aber gebraucht das römische Recht für das betreffende Verhältnis niemals die Bezeichnung civilis, indem durch dieses Prädikat nur ein Institut bezeichnet wird, das durch das, einen Gegensatz zum ius honorarium bildende, ius civile, also durch leges, senatus consulta, constitutiones principum oder Gewohnheitsrecht Begründung oder Schutz erhielt. Endlich verwickelt sich diese Ansicht noch in den gröbsten inneren Widerspruch; denn nach ihr soll die civilis possessio deßhalb so heißen, weil sie das Recht zu Interdikten gebe, dagegen die detentio deßhalb nicht so heißen, weil mit ihr jenes Recht nicht verbunden sei — und doch schreibt Thibaut (und ebenso Sintenis und die anderen Angeführten) dem detentor das Recht zu einem der wichtigsten Interdikte, zum interdictum unde vi (vermöge der irrigen Auslegung der l. 1 § 9, 10 cit.) zu, so daß nach jener Ansicht offenbar auch der detentor eine civilis possessio haben müßte! — Eine schlagende Widerlegung jener Ansicht s. bei Savigny Besitz § 7 S. 148—158 (6 A. S. 164 ff.) und Thon im Rheinischen Museum Bd. IV S. 95—141.

II. Nach Bangerow Pandekten I § 199 soll possessio civilis dann vorhanden sein, wenn „Jemand die Detention verbunden mit dem animus domini hat" (also Eigenthumsbesitzer ist); »possessor naturalis aber soll Derjenige sein, welcher detinirt, aber diesen animus entweder wirklich nicht hat, oder darum nicht haben darf, weil die besessene Sache extra commercium, oder der Besitzer selbst des Eigenthums unfähig ist, oder der Besitz aus einem civilrechtlich nichtigen Rechtsgeschäft" (wie bei dem von seinem Gatten beschenkten

habe und zwar an einer Sache, die nicht aus besonderen Gründen, wie z. B. eine res furtiva, der Usukapion entzogen sei. Jeder andere Besitz, dem eines der Requisite der Usukapion fehle, sei eine naturalis possessio, ein civiliter non possidere; deßhalb bezeichne naturalis possessio bald a. die bloße Detention, also die Negation der eigentlichen possessio, bald b. den sog. abgeleiteten Besitz, bald c. den Eigenthumsbesitz, wenn der Besitzer in mala fide war, oder nicht ex iusta causa besitze, oder die Sache der Usukapion entzogen sei. — Diese Ansicht hat allerdings sehr Vieles für sich; denn das Prädikat civilis paßt durchaus für den Usukapionsbesitz, da unter den möglichen Wirkungen, die der Besitz nach Umständen haben kann, nur die Usukapion dem (älteren) Civilrecht angehört; auch sind die Fälle, in welchen in den Quellen eine possessio civilis negirt wird, lauter Fälle, in denen auch die Usukapion ausgeschlossen ist (s. nachher Nr. V). Dennoch aber hat Savigny nicht bewiesen und wird sich auch bei der Dürftigkeit der Quellen, wie sie bis jetzt uns zu Gebote stehen, nicht beweisen lassen, daß die Römer nur den Besitz, der mit allen Erfordernissen zur Usukapion ausgestattet war, eine civilis possessio nannten, daß sie namentlich zur civilis possessio auch das Erfordernis der bona fides und der Usukapionsfähigkeit der besessenen Sache verlangten. Denn in unseren Quellen findet sich keine Stelle, in welcher der Ausdruck civilis possessio auf die bonae fidei possessio und auf die Usukapionsfähigkeit der Sache bezogen oder gesagt würde, daß, wer ex iusta causa, aber mala fide oder eine usukapionsunfähige Sache besitze, bloß eine possessio naturalis habe. Ein Hauptbedenken gegen jene Ansicht liegt außerdem noch darin, daß in den Quellen der Ausdruck possessio civilis in Beziehungen gebraucht wird, bei welchen die Usukapionsmöglichkeit ganz indifferent ist (z. B. D. ad exhib. 10, 4 l. 3 § 15), und daß in keiner Stelle der auf uns gekommenen Quellen der Ausdruck civilis possessio unmittelbar in Beziehung auf usucapio gebraucht wird und namentlich in den vielen Titeln über Usukapion nirgends dieser Ausdruck vorkommt, was unbegreiflich wäre, wenn er gerade ein Kunstausdruck für die possessio ad usucapionem sein sollte.

V. Aus den auf uns gekommenen Quellen läßt sich nur so viel entnehmen: sie beziehen den Ausdruck civilis possessio bloß auf den Erwerbsgrund des Besitzes und auf den animus des Besitzers; einen Besitz, der auf eine civilrechtlich wirksame causa sich stützt und Eigenthumsbesitz ist (d. h. Detention mit dem animus rem sibi habendi) nennen sie civilis possessio, weil ein solcher Besitz an sich zu den vollsten Wirkungen des ius civile (im Gegensatz zu denen des ius gentium und des prätorischen Rechts) befähigt, vorausgesetzt, daß nach Umständen noch gewisse andere Requisite hinzukommen, die aber, wie bona fides und Usukapionsfähigkeit der Sache, außerhalb des Besitzbegriffes und der Erwerbungsart des Besitzes liegen und wohl deßhalb nicht in der civilis possessio mit begriffen wurden. Hiernach würde civilis possessio oder civiliter possidere jeden Eigenthumsbesitz ex iusta causa bedeuten, also das Haben der Sache und zwar animo domini und ex iusta causa. Fehlt das eine oder das andere dieser beiden Requisite (animus domini oder iusta causa): so ist das Haben bloß eine possessio naturalis, und so bedeutet daher naturalis possessio oder naturaliter possidere bald zwar possessor animo domini sein, aber nicht ex iusta causa besitzen, wie der von seinem Gatten beschenkte Gatte, aber auch der Dieb, Räuber ꝛc., bald zwar possessor sein, aber nicht animo domini, also die Fälle des sog. abgeleiteten Besitzes, bald endlich gar nicht possessor, sondern bloß detentor sein. Was nämlich die hierin sehr dürftigen Quellen über diese Begriffe sagen, ist eigentlich bloß Folgendes:

a. Der bloße detentor habe nur eine possessio naturalis, D. h. t. 41, 2 l. 12 pr., ad exhib. 10, 4 l. 4 vergl. mit l. 3 § 15, pro hered. 41, 5 l. 2 § 1, comm. div. 10, 3 l. 7 § 11.

b. Ein Sklave civiliter oder iure civili possidere non potest, sondern kann bloß possessio naturalis haben, D. d. V. O. 45, 1 l. 38 § 7, 8; h. t.

l. 24, weil, wenn er gleich faktisch den animus domini haben kann, doch dieser animus bei ihm nach dem Civilrecht unwirksam und er stets als bloßer detentor zu behandeln ist.

c. Der Pfandgläubiger besitze das Faustpfand nicht civiliter, D. ad exhib. 10, 4 l. 3 § 15 (über diese Stelle vergl. besonders Savigny Besitz § 7 S. 76 ff. (6. Ausg. S. 67), Bruns Besitz S. 23, 24), eben weil er nicht animo domini besitzt; vergl. auch D. de Publ. act. 6, 2 l. 13 § 1 a. E.

d. Der von seinem Gatten beschenkte Ehegatte besitze nicht iure civili oder civiliter, sondern habe bloß eine naturalis possessio, D. de vi 43, 16 l. 1 § 9, 10, de donat. inter vir. 24, 1 l. 26 pr., denn ihm fehlt die iusta causa.

Übrigens ist die Frage über den Begriff der possessio civilis und naturalis bei der Weise, wie unsere Quellen diese Ausdrücke gebrauchen, praktisch nicht von Bedeutung. Sie würde es nur dann sein, wenn wir über die Frage, wer ein Recht zum interdictum unde vi habe, bloß die l. 1 § 9 D. de vi 43, 16 hätten; denn diese Stelle will eine Entscheidung über diese Berechtigung geben und sagt, daß auch die naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet, d. h. zum interdictum unde vi berechtige. Allein aus anderen Stellen geht klar hervor, welche Bedeutung hier naturalis possessio hat; sie kann hier nicht, wie Manche meinen, den bloßen detentor bezeichnen, da eine Reihe anderer Stellen unzweifelhaft erklärt, daß der bloße detentor, z. B. der Pachter ein selbständiges Recht zum interdictum unde vi nicht hat (§ 128 Beil. Lit. C. Nr. I, 1 c); sie kann daher in dieser Stelle nur die Fälle der eigentlichen possessio bedeuten, in denen der Besitzer nicht animo domini besitzt, wie der Faustpfandgläubiger (abgeleiteter Besitz), oder nicht ex iusta causa besitzt, wie der von seinem Gatten beschenkte Ehegatte; s. besonders Thon im Rheinischen Museum Bd. IV S. 118 ff., Savigny Besitz § 7 S. 79 ff. (6. Ausg. S. 72), Bruns Besitz S. 62 ff.

Subjekt und Gegenstand des Besitzes.

§ 124.

(Arndts §§ 137. 138.)

Fähig zu besitzen, ist jedes rechtsfähige Wesen, jede Person[1]. Möglicher Gegenstand des Besitzes ist jede Sache, d. h. jedes körperliche Ding, so fern sie in commercio ist[2]. Auch kann eine Sache zu gleicher Zeit im Besitz Mehrerer sein, aber freilich nur nach Theilen; nämlich entweder

a. wenn Mehrere die Herrschaft über eine Sache mit einander so haben und ausüben, daß jeder einen reellen Theil der Sache in seiner Herrschaft für sich hat[3], oder

b. sie mit einander die faktische Herrschaft nach bestimmten

---

[1] Hierüber s. § 122 Nr. V A 1. B 1.
[2] S. § 122 Nr. V A 2.
[3] Vgl. § 64 Nr. I a. E.

ideellen Theilen über die Sache ausüben, eigentliche compossessio[4].

Natürlich aber können nicht plures eandem rem eodem tempore in solidum possidere[5]. Denn, wenn Jemand eine Sache ganz in ſeiner faktiſchen Gewalt und Herrſchaft für ſich hat, ſo kann nicht zugleich ein Anderer die ganze Sache in der Herrſchaft für ſich haben. Zwar nehmen manche römiſche Juriſten an, von Zweien könne Jeder dieſelbe Sache zu gleicher Zeit ganz beſitzen, nämlich der Eine iuste, der Andere iniuste; z. B. wenn die Uhr, die ich beſitze, mir von A. geſtohlen werde, ſo beſitze A. die ganze Uhr iniuste; ich aber gelte auch noch als possessor der ganzen Uhr, ich ſei ihr iustus possessor. Dieſe Anſicht widerſpricht aber völlig dem Beſitzbegriff, da unmöglich Derjenige eine Sache beſitzen kann, der die faktiſche Herrſchaft über ſie verloren hat[6], und deßhalb wurde ſie auch im römiſchen Recht entſchieden verworfen[7].

Viel Streit iſt noch über den Beſitz bei Verbindung und Trennung von Sachen[8]. Nach unſeren Quellen geht das Reſultat, übereinſtimmend mit der Natur der Sache, dahin: der Beſitz einer Sache erſtreckt ſich natürlich auch auf alle ihre Theile. Aber dabei muß man noch unterſcheiden:

I. Bewegliche Sachen.

1) Beſitzt man eine bewegliche Sache, ſo beſitzt man das Ganze und alle ihre Theile als bewegliche Sache. Trennt man daher die Sache in mehrere Stücke, z. B. zerſchlage ich einen Stein, den ich beſitze, ſo fängt man an den Stücken, die nun einzelne Sachen geworden ſind, nicht einen neuen Beſitz an, ſondern ſetzt den alten Beſitz fort, weil das Stück bleibt, was es war, nämlich eine bewegliche Sache.

Beſitzt man mehrere einzelne bewegliche Sachen und verbindet ſie mit einander ſo, daß ſie bewegliche Sachen bleiben, z. B. ich faſſe einen Diamant in einen Ring, ſo fängt man an der verbundenen Sache nicht einen neuen Beſitz an, ſondern ſetzt den alten Beſitz

[4] Dies iſt kein römiſcher Ausdruck. Vgl. oben § 64 Nr. II (Th. I S. 294).
[5] Arndts § 138 Anm. 3.
[6] D. h. t. 41, 2 l. 3 § 5 a. E.
[7] Arndts l. c. Anm. 3. Vgl. unten § 122 Nr. V B 2 und § 128 Beil. Lit. A Nr. 5 und l. 3 § 5cit.; D. commod. 13, 6 l. 5 § 15.
[8] Die Litteratur hierüber ſ. bei Arndts l. c. Anm. 4 a. E., Savigny Beſitz § 22.

fort, weil ſie bewegliche Sachen bleiben[9]. — Wurde jedoch durch die Verbindung eine Specifikation bewirkt (§ 135), dann hört natürlich der alte Beſitz auf und fängt man an der neuen Sache einen neuen Beſitz an[10].

II. Unbewegliche Sachen. Der Beſitz einer Sache erſtreckt ſich auf alle ihre Theile. Dieſer natürliche Grundſatz gilt

1) Bei Grund und Boden; hier beſtimmt ſich der Beſitz eben nach der Ausdehnung der faktiſchen Herrſchaft; ich beſitze z. B. den Acker und ſeine Beſtandtheile, ſo weit meine faktiſche Herrſchaft über ihn reicht und ich ſie für mich haben will.

2) Bei einer zuſammengeſetzten unbeweglichen Sache. Wer ein Haus beſitzt, beſitzt auch alles Material, aus dem es beſteht, aber nicht als einzelne Sachen, ſondern als Theile der ganzen unbeweglichen Sache, der universitas aedium[11]. Wenn daher der Beſitzer ein Stück von der Sache lostrennt, ſo daß es nun ein beſonderes Mobile wird, ſo fängt er einen neuen Beſitz an ihm an, d. h. er bekommt nun das Stück als bewegliche Sache in Beſitz[12].

3) Beſitzt man eine bewegliche Sache und eine unbewegliche und verbindet beide in der Art, daß die bewegliche ein unſelbſtändiger kohärirender Theil der unbeweglichen wird, z. B. man läßt in die Wand des Hauſes, das man beſitzt, eine ſteinerne Säule als Zierrath einmauern, ſo hört man auf, ſie als bewegliche Sache zu beſitzen. Man beſitzt ſie nun bloß als Theil einer unbeweglichen Sache, der universitas aedium[13]. Hatte man daher vor der Verbindung, z. B. das Haus und als beſondere Sache die Säule im Uſukapionsbeſitz ſeit zwei Jahren, ſo daß man bei der Säule in einem Jahre, bei dem Hauſe in acht Jahren die Uſukapion vollenden könnte, und man nimmt nun die Verbindung vor, ſo kann man die Uſukapion der Säule nicht mehr in einem Jahre vollenden, da ſie nicht mehr eine Mobilie iſt[14].

Über den Beſitz einer Sachgeſammtheit (universitas rerum) ſ. oben § 59 (Th. I S. 265 f.).

---

[9] D. de usurp. 41, 3 l. 3 § 1 (verbis: »quid ergo« u. ſ. w.).
[10] D. h. t. 41, 2 l. 30 § 4.
[11] D. h. t. 41, 2 l. 30 pr.; de usurp. 41, 3 l. 23 pr.
[12] D. l. c. 42, 3 l. 23 § 2.
[13] D. l. c. (de usurp.) l. 23 § 2 a. E.
[14] D. de usurp. 41, 3 l. 23 pr. § 2 a. E., l. 30, § 1. Zwar behaupten Viele, die l. 30 ſage in der erſten Hälfte das Gegentheil; aber damit würde ſie in Widerſpruch

Erwerb des Beſitzes.

§ 125.

(Arndts § 139.)

Zum Erwerb des Beſitzes einer Sache wird bloß erfordert, daß ſich in dem Erwerber die beiden Beſitzfaktoren corpus und animus (§ 122) in Beziehung auf die konkrete Sache faktiſch verwirklichen. Fehlt es an dem einen oder andern, ſo iſt der Beſitz nicht erworben[1]. Zwar ſagen die Quellen, es gebe einen Fall, in welchem der Beſitz solo animo erworben werde; allein dies heißt nicht, das corpus dürfe fehlen, ſondern es heißt nur ſo viel: wenn das corpus ſchon vorhanden iſt, ſo könne mit Zuthun des bisherigen Beſitzers der Beſitz solo animo erworben werden. Wenn nämlich der Beſitzer einer Sache den Beſitz derſelben durch traditio auf einen Anderen übertragen will, dieſer aber hat ſie ſchon in Händen als detentor, z. B. vom Beſitzer gemiethet, geliehen oder ſonſt anvertraut bekommen, ſo bedarf es zur Erwerbung des Beſitzes bloß, daß der Beſitzer erklärt, er wolle die Sache hiermit dem detentor überlaſſen und den animus rem sibi habendi aufgeben, und daß ſich der detentor damit einverſtanden erklärt und den animus domini annimmt. Es ſind dann beide Beſitzfaktoren in ſeiner Perſon vereinigt, da er die Sache ſchon in Händen hat[2]. Man nennt dies eine traditio brevi manu.

Zur Erwerbung des Beſitzes iſt hiernach Doppeltes nöthig:

A. Der animus, d. h. der Erwerber muß den animus rem sibi habendi haben oder in den Fällen des abgeleiteten Beſitzes die Abſicht, diejenige Gewalt über die Sache auszuüben, mit welcher (nach § 122 Nr. V Lit. B) abgeleiteter Beſitz verbunden iſt. Es kann daher ein Willensunfähiger (z. B. ein Geiſteskranker, eine juri-

---

mit dem Gegenſatz in der zweiten Hälfte kommen und auch mit l. 23 pr. § 2 eod. Auch ſagt ſie in der That nicht das Gegentheil. Denn nach ihrem ganzen Zuſammenhang kann man die erſte Hälfte nur ſo auslegen: entweder daß hier nihilominus bedeutet: keineswegs (minime), eine Bedeutung, in der das Wort zuweilen im Corpus Iuris vorkommt (Dirkſen Manuale s. v. nihilominus § 3); oder daß ſie wie Savigny Beſitz § 22 S. 271 annimmt, von einem Falle ſpricht, in welchem die Verbindung mit der unbeweglichen Sache nicht eine eigentlich phyſiſche war, ſo daß die Mobilie nicht ein Theil derſelben wurde und daher noch als Mobilie uſukapirt werden kann. Vgl. oben § 65 Beil. I Nr. IV a. E. (Th. I S. 300).

[1] D. h. t. 41, 2 l. 3 § 1.

[2] Arndts l. c. Note g.

ſtiſche Perſon) nicht durch ſich ſelbſt Beſitz erwerben, ſondern nur durch ſeine Vertreter[3]. Ein Willensunfähiger kann nicht einmal bei der Beſitzergreifung wirkſam mithandeln, da er gar nicht handlungsfähig iſt[4]. Hieraus würde folgen, daß ein infans, dem man eine Sache übergiebt (z. B. in die Hände giebt, um ſie ihm zu ſchenken), auch nicht mit Zuſtimmung des Vormunds durch ſich ſelbſt erwerben könnte, ſondern für ihn allein der Vormund den Beſitz ergreifen müſſe. Allein hier läßt das römiſche Recht (utilitatis causa) eine Modifikation zu. Der infans, der eine Sache ergreift, kann tutore auctore, alſo dadurch, daß der anweſende tutor das Willensmoment ergänzt, Beſitz erwerben[5]. Dagegen kann ein impubes infantia maior ohne alle Mitwirkung des Vormunds allein durch ſich ſelbſt Beſitz erwerben, da ja ein ſolcher (nach § 48) zu Erwerbungen für willensfähig gilt[6].

B. Das corpus, der Akt der Apprehenſion. Der Erwerber muß die Sache in ſeine unmittelbare faktiſche Herrſchaft bekommen, ſo daß er und nicht ein Anderer die Herrſchaft über die Sache hat. Wie dies geſchieht, iſt für das Daſein des Beſitzes ganz gleichgültig[7]. Die älteren Civiliſten und auch noch manche Neuere behaupten, es gelte hierüber viel Singuläres; das römiſche Recht nehme häufig den Beſitz als erworben an, wenn man auch noch gar nicht die wirkliche faktiſche Herrſchaft über die Sache erworben habe; es nehme namentlich eine ſog. ſymboliſche traditio an, wodurch man den Beſitz einer von uns ganz entfernten Sache erwerben könne. Allein dies beruht auf Mißverſtändniſſen. Das römiſche Recht fordert ohne Ausnahme zur Beſitzerwerbung, daß man die Sache (oder den betreffenden Theil der Sache) in die faktiſche Herrſchaft bekommt, ſei es durch einſeitige Handlung (occupatio), ſollte es auch eine widerrechtliche ſein (invasio)[8], oder durch ein Rechtsgeſchäft mit dem bisherigen Beſitzer, durch traditio[9]. Nur erkennt es mit Recht an, daß zur Beſitzerwerbung nicht gerade nöthig iſt, daß man die Sache körper-

[3] S. § 126.
[4] Vgl. oben § 44 (Th. I S. 206).
[5] Arndts § 141 Anm. — Savigny Beſitz § 21 S. 248.
[6] D. h. t. l. 32 § 2. Bangerow Pand. § 204 Anm 1 Nr. 2.
[7] Vgl. § 122 Nr. VI.
[8] S. Beil. Nr. I.
[9] S. Beil. Nr. II. — Exner, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition (Wien 1867).

lich berührt, anfaßt u. dergl., sondern es genügt, daß wir durch irgend einen Akt die Sache unserer unmittelbaren gegenwärtigen Einwirkung und faktischen Herrschaft so unterworfen haben, daß unsere Herrschaft nicht durch eine fremde ausgeschlossen wird [10].

Vererbt kann der Besitz nicht werden; denn bloße faktische Zustände können nicht auf die Erben durch den Erbgang übertragen werden. Stirbt der Besitzer, so hört sein Besitz auf; die Sache hat nun keinen Besitzer [11]. Denn der Erbe wird durch Erwerbung der Erbschaft zwar Eigenthümer der Sachen, die dem Erblasser gehörten; aber Besitzer kann er nur dadurch werden, daß er sie in seine faktische Gewalt bringt, wozu er aber als Erbe befugt ist [12]. Wenn aber ein Dritter in der Zwischenzeit die Sache sich anmaßte und in seine Gewalt brachte, mit dem animus domini, so hat nun dieser Dritte den Besitz und der Erbe, welcher noch gar nicht Besitzer der Sache war, darf gegen ihn nicht Eigenmacht üben, noch hat er die possessorischen Interdikte [13], sondern muß ihn mit einer der Klagen, welche ihm als Erben zustehen [14], auf Herausgabe der Sache belangen.

Beilage.

Was den zur Erwerbung des Besitzes nöthigen Akt der Apprehension corpus) betrifft: so kann man Besitz erwerben:

I. Durch eine einseitige Handlung (occupatio), gleich viel, ob sie eine erlaubte ist oder eine unerlaubte (invasio) und zwar

1) an Sachen, die dermalen in Niemandes Besitz sind, dadurch daß man sie auf irgend eine Weise in die Gewalt bringt in der Absicht, sie sich anzueignen; z. B. wenn man ein Grundstück, das Niemand besitzt, occupirt (D. 41, 3 d. usurp. l. 37 § 1), wenn der Erbe die Nachlaßsachen, die nicht im Besitz eines Dritten sind, an sich nimmt, oder wenn man eine Sache, die ein Dritter verloren hat, an sich nimmt in der Absicht, sie sich anzueignen; ferner wenn wir einen Schatz finden und ihn uns aneignen (D. 41, 2 h. t. l. 3 § 3; vgl. auch Savigny Besitz S. 256 f.); ferner wenn man ein wildes Thier einfängt, oder es erlegt und das erlegte Thier erfaßt, ergreift oder sonst in die Gewalt bringt, wozu natürlich auch genügt, daß das erlegte Thier zu unseren Füßen liegt (D. 41, 1 de domin. l. 5 § 1; 41, 2 h. t. l. 3 § 13—15), oder wir es in

---

[10] Über die verschiedenen Weisen, wie hiernach der Besitz erworben werden kann, s. die Beilage. Aus dem dort Gesagten ergiebt sich, daß die Quellen nichts Singuläres festsetzen und daß auch das nicht eigentlich eine Singularität ist, was in der Beil. Nr. I 2 β von Grundstücken gesagt ist, die Jemand in der Abwesenheit des Besitzers für sich occupiren will (s. auch § 127).

[11] S. auch § 127 Beil. Nr. 1.

[12] S. § 118 Nr. 6.

[13] S. § 128 Beil.

[14] Arndts § 531. 535. Vgl. unten § 138 Beil. Lit. B Nr. 1. 4.

ſtiſche Perſon) nicht durch ſich ſelbſt Beſitz erwerben, ſondern nur durch ſeine Vertreter[3]. Ein Willensunfähiger kann nicht einmal bei der Beſitzergreifung wirkſam mithandeln, da er gar nicht handlungsfähig iſt[4]. Hieraus würde folgen, daß ein infans, dem man eine Sache übergiebt (z. B. in die Hände giebt, um ſie ihm zu ſchenken), auch nicht mit Zuſtimmung des Vormunds durch ſich ſelbſt erwerben könnte, ſondern für ihn allein der Vormund den Beſitz ergreifen müſſe. Allein hier läßt das römiſche Recht (utilitatis causa) eine Modifikation zu. Der infans, der eine Sache ergreift, kann tutore auctore, alſo dadurch, daß der anweſende tutor das Willensmoment ergänzt, Beſitz erwerben[5]. Dagegen kann ein impubes infantia maior ohne alle Mitwirkung des Vormunds allein durch ſich ſelbſt Beſitz erwerben, da ja ein ſolcher (nach § 48) zu Erwerbungen für willensfähig gilt[6].

B. Das corpus, der Akt der Apprehenſion. Der Erwerber muß die Sache in ſeine unmittelbare faktiſche Herrſchaft bekommen, ſo daß er und nicht ein Anderer die Herrſchaft über die Sache hat. Wie dies geſchieht, iſt für das Daſein des Beſitzes ganz gleichgültig[7]. Die älteren Civiliſten und auch noch manche Neuere behaupten, es gelte hierüber viel Singuläres; das römiſche Recht nehme häufig den Beſitz als erworben an, wenn man auch noch gar nicht die wirkliche faktiſche Herrſchaft über die Sache erworben habe; es nehme namentlich eine ſog. ſymboliſche traditio an, wodurch man den Beſitz einer von uns ganz entfernten Sache erwerben könne. Allein dies beruht auf Mißverſtändniſſen. Das römiſche Recht fordert ohne Ausnahme zur Beſitzerwerbung, daß man die Sache (oder den betreffenden Theil der Sache) in die faktiſche Herrſchaft bekommt, ſei es durch einſeitige Handlung (occupatio), ſollte es auch eine widerrechtliche ſein (invasio)[8], oder durch ein Rechtsgeſchäft mit dem bisherigen Beſitzer, durch traditio[9]. Nur erkennt es mit Recht an, daß zur Beſitzerwerbung nicht gerade nöthig iſt, daß man die Sache körper-

[3] S. § 126.
[4] Vgl. oben § 44 (Th. I S. 206).
[5] Arndts § 141 Anm. — Savigny Beſitz § 21 S. 248.
[6] D. h. t. l. 32 § 2. Dangerow Pand. § 204 Anm 1 Nr. 2.
[7] Vgl. § 122 Nr. VI.
[8] S. Beil Nr. I.
[9] S. Beil. Nr. II. — Exner, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition (Wien 1867).

lich berührt, anfaßt u. dergl., ſondern es genügt, daß wir durch irgend einen Akt die Sache unſerer unmittelbaren gegenwärtigen Einwirkung und faktiſchen Herrſchaft ſo unterworfen haben, daß unſere Herrſchaft nicht durch eine fremde ausgeſchloſſen wird [10].

Vererbt kann der Beſitz nicht werden; denn bloße faktiſche Zuſtände können nicht auf die Erben durch den Erbgang übertragen werden. Stirbt der Beſitzer, ſo hört ſein Beſitz auf; die Sache hat nun keinen Beſitzer [11]. Denn der Erbe wird durch Erwerbung der Erbſchaft zwar Eigenthümer der Sachen, die dem Erblaſſer gehörten; aber Beſitzer kann er nur dadurch werden, daß er ſie in ſeine faktiſche Gewalt bringt, wozu er aber als Erbe befugt iſt [12]. Wenn aber ein Dritter in der Zwiſchenzeit die Sache ſich anmaßte und in ſeine Gewalt brachte, mit dem animus domini, ſo hat nun dieſer Dritte den Beſitz und der Erbe, welcher noch gar nicht Beſitzer der Sache war, darf gegen ihn nicht Eigenmacht üben, noch hat er die poſſeſſoriſchen Interdikte [13], ſondern muß ihn mit einer der Klagen, welche ihm als Erben zuſtehen [14], auf Herausgabe der Sache belangen.

Beilage.

Was den zur Erwerbung des Beſitzes nöthigen Akt der Apprehenſion (corpus) betrifft: ſo kann man Beſitz erwerben:

I. Durch eine einſeitige Handlung (occupatio), gleich viel, ob ſie eine erlaubte iſt oder eine unerlaubte (invasio) und zwar

1) an Sachen, die dermalen in Niemandes Beſitz ſind, dadurch daß man ſie auf irgend eine Weiſe in die Gewalt bringt in der Abſicht, ſie ſich anzueignen; z. B. wenn man ein Grundſtück, das Niemand beſitzt, occupirt (D. 41, 3 d. usurp. l. 37 § 1), wenn der Erbe die Nachlaßſachen, die nicht im Beſitz eines Dritten ſind, an ſich nimmt, oder wenn man eine Sache, die ein Dritter verloren hat, an ſich nimmt in der Abſicht, ſie ſich anzueignen; ferner wenn wir einen Schatz finden und ihn uns aneignen (D. 41, 2 h. t. l. 3 § 3; vgl. auch Savigny Beſitz S. 256 f.); ferner wenn man ein wildes Thier einfängt, oder es erlegt und das erlegte Thier erfaßt, ergreift oder ſonſt in die Gewalt bringt, wozu natürlich auch genügt, daß das erlegte Thier zu unſeren Füßen liegt (D. 41, 1 de domin. l. 5 § 1; 41, 2 h. t. l. 3 § 13—15), oder wir es in

---

[10] Über die verſchiedenen Weiſen, wie hiernach der Beſitz erworben werden kann, ſ. die Beilage. Aus dem dort Geſagten ergiebt ſich, daß die Quellen nichts Singuläres feſtſetzen und daß auch das nicht eigentlich eine Singularität iſt, was in der Beil. Nr. I 2 β von Grundſtücken geſagt iſt, die Jemand in der Abweſenheit des Beſitzers für ſich occupiren will (ſ. auch § 127).

[11] S. auch § 127 Beil. Nr. 1.

[12] S. § 118 Nr. 6.

[13] S. § 128 Beil.

[14] Arndts § 531. 535. Vgl. unten § 138 Beil. Lit. B Nr. 1. 4.

den auf unserem Grundstück aufgestellten Netzen fangen, D. de domin. l. 55 l. 1 § 1 (bei diesen letzteren Stellen ist zu beachten, daß das Eigenthum an wilden in der natürlichen Freiheit befindlichen Thieren sofort erworben wird, sobald man ihren Besitz erwirbt, vergl. Arndts § 154).

Bei dem Besitz an wilden Thieren ist noch Folgendes zu bemerken, was übrigens ganz aus dem Besitzbegriffe folgt: Wilde Thiere, die in ihrer natürlichen Freiheit sind, hat Niemand im Besitz, weder Der, dem das Grundstück, z. B. der Wald gehört, in welchem sie sich aufhalten, noch Derjenige, der in dem Revier, wo sie herumschweifen, das Jagdrecht hat, weil sie in Niemandes Gewalt sind; selbst wenn man den Wald, in dem sie sind, mit Gräben oder einem Zaune umziehen läßt silva circumsepta), sind sie dadurch noch nicht in unserem Besitz. D. 41, 2 h. t. l. 3 § 13 verb. »aut. feras« etc. Aus demselben Grunde sind Fische, die in einem Flusse oder Bache oder See schwimmen, in Niemandes Besitz; Derjenige, dem der Bach gehört oder dem das Fischrecht im Flusse zusteht, hat nur das Recht, sie zu occupiren und dadurch zu erwerben; aber so lange er sie nicht wirklich occupirt hat, hat er den Besitz (und also auch das Eigenthum, vergl. oben § 134) nicht an ihnen. D. h. t. l. 3 § 14 verb. »sed eos pisces« etc. Hat man aber Thiere gefangen, also den Besitz an ihnen erworben: so bleiben sie in unserem Besitz, so lange sie in unserer custodia, d. h. in unserer Gewalt durch solche Behaltungen sind, durch welche sie an der Flucht gehindert werden und uns die willkürliche Disposition über sie möglich ist, z. B. wenn wir die gefangenen Fische in einen Fischkasten setzen oder auch in einen künstlichen Weiher oder Teich, der jeder Zeit ablaßbar ist, D. 41, 2 h. t. l. 3 § 14 (piscina in dieser Stelle heißt nicht, wie es Savigny Besitz § 31 übersetzt, Fischkasten, sondern Weiher oder Teich, s. besonders Kämmerer Beiträge zur Lehre vom Fischdiebstahle 1839 S. 8—25), ferner, wenn man die gefangenen Thiere in einen umzäunten Thiergarten (vivarium) setzt, in welchem man sich ihrer jeder Zeit bemächtigen kann. D. l. c. vergl. auch D. 41, 1 de domin. l. 3 § 2 l. 5 pr. l. 44. Über alles Dieses, namentlich zur Berichtigung Savigny's a. a. O. s. die angeführte gründliche Abhandlung v. Kämmerer S. 8f. 17f. 25f. 33f.

2) an Sachen, die dermalen im Besitz eines Anderen sind, erwerben wir den Besitz dadurch, daß wir dem bisherigen Besitzer die faktische Gewalt über die Sache entziehen, also ihn aus seinem Besitz entsetzen und die Sache in unsere Gewalt bringen in der Absicht, sie uns anzueignen, somit

a. bei beweglichen Sachen, sobald wir durch irgend eine einseitige Handlung, sei es in der irrigen Meinung, dazu ermächtigt zu sein, oder durch Diebstahl, Raub, Selbsthilfe ꝛc. die von einem Dritten besessene Sache seiner Gewalt entziehen und in unsere Gewalt bringen (vgl. D. 41, 2 h. t. l. 15 im Anfang); der Dieb ist daher z. B. Besitzer des Geldes, das er stehlen will, in dem Augenblicke, in welchem er das Geld ergriffen und in seiner Gewalt hat, sollte er auch noch im Hause des Bestohlenen sich befinden; ebenso hat Der, welcher das Getreide oder die Kartoffeln von meinem Felde entwenden will, den Besitz erworben, sobald er ersteres geschnitten, letztere aus der Erde genommen und dadurch in seine Gewalt gebracht hat.

b. Bei unbeweglichen Sachen, die ein Anderer besitzt, ist zu unterscheiden:

α. Wenn der Besitzer anwesend ist, d. h. auf dem Grundstück sich befindet: so erwirbt man den Besitz nicht schon dadurch, daß man in das Grundstück hineingeht in der Absicht, es sich anzueignen; denn dadurch hat man ja noch nicht die ausschließliche Macht und Herrschaft über das Grundstück, weil es auch noch in der Gewalt des Anderen ist. (D. h. t. l. 18 § 3), sondern erst dadurch, daß man den Besitzer hinauswirft oder auf andere Weise seine Herrschaft über das Grundstück aufhebt, z. B. ihn bindet und das Grundstück occupirt (deiectio). D. 43, 16 de vi l. 1 § 24, 38, 47, vgl. auch Paulus Rec. Sent. V, 6 § 6. Dieses gilt auch, wenn der Besitzer willensunfähig ist, in welchem Falle Savigny Besitz S. 420 es mit Unrecht leugnet.

S. beſonders Bangerow Pandekten I S. 430. Der Beſitz wird alſo auch hier erworben, ſobald der Erwerber die Gewalt des bisherigen Beſitzers über die Sache aufgehoben und die Sache unter ſeine phyſiſche Macht und Herrſchaft gebracht hat.

β. Iſt der Beſitzer nicht anweſend: ſo gilt hier bei Liegenſchaften Folgendes: Wenn Jemand zu einer Zeit, in welcher der Beſitzer des Grundſtückes gerade nicht auf dem Grundſtücke ſich befindet, das Grundſtück invadirt und es dadurch in ſeine Gewalt bringt in der Abſicht, es ſich anzueignen und den bisherigen Beſitzer davon auszuſchließen: ſo hat es den Schein, als ob anzunehmen wäre, der Invadent habe die Poſſeſſion der Sache erworben und der bisherige Beſitzer ſie verloren. Wirklich ſcheint auch das ältere römiſche Recht die Sache ſo aufgefaßt und angenommen zu haben, der Invadent erwerbe in einem ſolchen Falle durch die heimliche Occupation den Beſitz (possessio clandestina), ſo daß der frühere Beſitzer nur im Wege gerichtlicher Hilfe wieder zu ſeinem Beſitze gelangen könne, zu welchem Zwecke ihm ein interdictum de possessione clandestina gegen den Invadenten gegeben worden zu ſein ſcheint D. 10, 3 comm. div. l. 7 § 5 a. E., Savigny Beſitz § 41. Allmählich aber überzeugte man ſich, daß hier die Konſequenzen des Beſitzbegriffs nicht richtig und angemeſſen gezogen waren und kam deßhalb auf folgenden Grundſatz, der auch im neueſten römiſchen Recht und bei uns gilt: Wenn ein Dritter in Abweſenheit des Beſitzers das Grundſtück eigenmächtig occupirt: ſo iſt es noch ganz unentſchieden, wer die eigentliche faktiſche Herrſchaft über das Grundſtück hat, da es ja möglich iſt, daß der bisherige Beſitzer ſtärker ſein oder mit größerer Gewalt auftreten kann, als der Invadent. Es iſt daher in einem ſolchen Falle der bisherige Beſitzer des Grundſtücks immer noch als Beſitzer zu betrachten (animo retinet possessionem vgl. § 127 Beil.), indem erſt, wenn er von der Invaſion Kunde bekommen hat, ſich entſcheiden wird, wer der Stärkere iſt und wer alſo die Herrſchaft über die Sache in Wahrheit hat; er bleibt ſomit Beſitzer bis er dieſe Kunde bekommt, und nun hat er die Wahl, ob er den Invadenten ſogleich mit Gewalt wieder hinauswerfen will, wozu er zum Schutze ſeines Beſitzes das Recht hat, und dann gilt, wenn er es wirklich thut, ſein Beſitz als gar nicht verloren und ſeine Handlung iſt eine durchaus erlaubte Nothwehr; wirft er ihn aber nicht hinaus, ſei es aus Furcht oder weil er nicht kann oder es vorzieht, ſich an den Richter zu wenden: ſo gilt nun von da an ſein Beſitz und zwar als durch Gewalt des Invadenten verloren; er iſt nun vi deiectus und kann deßhalb gegen den Invadenten, der nunmehr Beſitzer geworden iſt, mit dem interdictum unde vi auf Wiederherſtellung ſeines Beſitzes klagen. D. h. t. l. 3 § 8 l. 6 § 1 l. 7 l. 25 § 2, l. 46. Für dieſe Entſcheidung ſpricht auch der legislative Grund, daß gerade bei Grundſtücken, namentlich bei Wohnungen, es beſonders wichtig iſt, die Sache nicht lange in den Händen eines Eindringlings laſſen zu müſſen; Dieſem aber wäre man ausgeſetzt, wenn man einen ſolchen heimlichen Invadenten nur durch eine Klage zum Weichen bringen dürfte, während deren Verhandlung er uns den größten Nachtheil am Grundſtück zufügen könnte und wir jedenfalls den Genuß desſelben unverhältnismäßig lange entbehren müßten.

c. Zu beachten iſt noch, daß durch eine perſönliche Gewalt, durch welche uns Jemand den Beſitz entreißt, dann unſer Beſitz uns nicht verloren geht, wenn wir ſofort dem Gewaltübenden die Macht über die Sache durch Gewalt wieder entziehen; denn Denjenigen, der uns mit offener phyſiſcher Gewalt aus dem Beſitze einer Sache ſetzt, können wir, aber nur, wenn es ſofort (in continenti) geſchieht, wieder mit Gewalt entſetzen, und dann gilt es ſo, als ob wir den Beſitz gar nicht verloren hätten. D. 43, 16 de vi l. 3 § 9, l. 17.

II. Durch ein Rechtsgeſchäft mit dem Beſitzer der Sache, vermöge deſſen er den Beſitz auf uns überträgt. Dieſes Rechtsgeſchäft iſt die Übergabe des Beſitzes, traditio. Damit durch eine ſolche Übergabe der Beſitz einer Sache erworben werde, iſt erforderlich:

1) daß der Übergebende uns den Beſitz übertragen will; I. 2, 1 de R. D.

§ 40, 42. Will er nicht tradiren oder kann er nicht wollen, wie ein Geisteskranker oder ein Kind: so erwerben wir, wenn wir die Sache, um sie uns anzueignen, in unsere Gewalt bringen, zwar auch den Besitz, allein nicht durch Tradition, sondern durch eine einseitige Occupation oder Invasion. Wenn daher Jemand mir seine Sache zu überlassen verspricht, z. B. verkauft und ich hole nun die Sache aus seinem Hause ohne sein Wissen und ohne seine Zustimmung: so erwerbe ich zwar den Besitz der Sache, sobald ich sie in meine Gewalt gebracht habe, aber durch eine unbefugte Invasion (ich kann also durch die Handlung nicht das Eigenthum der Sache erwerben). D. h. t. l. 5 l. 33; 41, 1 de domin. l. 11. Nur wenn der Erwerber in bona fide ist, z. B. ein Blödsinniger, den er für geistesgesund hielt, veräußert an ihn die Sache und übergiebt sie ihm, dann wird er so behandelt, als ob der Besitz durch traditio auf ihn übergegangen sei. D. 41, 4 pro emt. l. 2 § 16. Zwar ist Savigny Besitz S. 420 anderer Meinung; allein der § 16 cit. giebt in einem solchen Falle die Möglichkeit der Usukapion zu; diese Möglichkeit aber setzt den Erwerb des Besitzes durch einen iustus titulus, also in dem Falle, von dem die Stelle spricht, durch Kauf und traditio voraus. Vgl. auch D. 6, 2 de Publ. act. l. 7 § 2 und den Gegensatz in D. h. t. l. 5.

2) daß der Übergebende wirklich die physische Herrschaft der Sache auf uns überträgt und wir sie in der Absicht, den Besitz zu erwerben, annehmen. Diese Übertragung von seiner und die Apprehension von unserer Seite, wodurch der Besitzerwerb eintritt, kann geschehen dadurch, daß er uns die bewegliche Sache in die Hand giebt oder gestattet, sie uns aus seinem Gewahrsam zu holen oder sonst an uns zu nehmen, und wir dies thun, D. 39, 5 de don. l. 6, oder bei Grundstücken dadurch, daß er uns in das Grundstück wirklich einführt. Allein ein solches unmittelbares Ergreifen der Sache durch körperliche Berührung ist keineswegs nothwendig, sondern es genügt hier zur Besitzerwerbung, daß wir durch die Handlung des Tradirenden in die physische Möglichkeit gesetzt werden, unmittelbar auf die Sache einzuwirken und jeden Dritten von derselben auszuschließen, indem dann dadurch die Erfordernisse des Besitzes, die faktische Herrschaft über die Sache und die Absicht, sie uns anzueignen, in unserer Person vereinigt vorliegen. Die Beispiele, welche unsere Quellen anführen, erklären sich auf diese Weise ganz natürlich und in Übereinstimmung mit dem Besitzbegriffe und es ist ganz irrig, wenn hier meist die Älteren und selbst noch einige Neuere, z. B. Thibaut, um manche dieser Beispiele zu erklären, zur Annahme von Fiktionen und Anomalieen ihre Zuflucht nehmen, von einer traditio ficta, symbolica u. dergl. sprechen, s. dagegen besonders Savigny Besitz § 14. So wird z. B. durch Tradition in folgenden Fällen der Besitz erworben, weil in denselben der Erwerber stets in ein solches Verhältnis zur Sache gesetzt wird, daß er sofort die ausschließliche Gewalt über sie üben kann: a. wenn der tradens die Sache in mein Haus bringt und sie dort läßt, D. h. t. l. 18 § 2; b. wenn er mir die Schlüssel zu dem mir sofort zugänglichen Behälter übergiebt, in welchem die Sache, die er tradiren will, sich befindet, D. 18, 1 de C. E. l. 74, h. t. l. 1 § 21 a. E., vgl. auch Savigny Besitz S. 249 f.; c. wenn er mir das Grundstück z. B. vom Fenster eines Hauses aus zeigt und erklärt, er wolle mir es hiermit übergeben haben (vorausgesetzt natürlich, daß nicht ein Anderer es schon besitzt) D. h. t. l. 18 § 2; oder d. wenn ich auf dem Grundstücke, das er mir übergeben will, mich bereits befinde, und er mir auf irgend eine Weise, z. B. in einem Schreiben, erklärt, daß er mir es hiermit überlassen wolle, und ich damit einverstanden bin, D. 6, 1 de R. V. l. 77 a. E., C. 7, 32 h. t. cst. 2, Savigny Besitz S. 235; e. wenn er mir in Gegenwart der Sache erklärt, daß er sie mir hiermit übergeben wolle, oder in dieser Absicht die Sache vor mich bringen läßt. D. h. t. l. 1 § 21 verb. »et argumento esse« etc. l. 51; daß wir eine Wache zu der Sache setzen, wovon die l. 51 spricht, oder daß wir unser Zeichen auf die Sache drücken, wovon andere Stellen sprechen, z. B. D. 18, 6 de peric. rei vend. l. 14 § 1, dies ist zur Besitzerwerbung in einem solchen Falle nicht nöthig, sondern nur eine Thatsache, aus welcher unsere Absicht, den

Besitz anzunehmen, hervorgeht; diese Absicht kann aber auch auf andere Weise, z. B. mündlich ausgesprochen werden. In den Fällen unter Lit. c. und e. bezeichnet man gewöhnlich die Übergabe durch traditio longa manu nach D. 46, 3 de solut. l. 79. — f. Eine gegenwärtige Sache, die uns Jemand übergeben will, wird auch dadurch uns übergeben, daß wir ihn heißen, sie einem Anderen zu übergeben, und er dies thut; denn dadurch gilt der Besitz zunächst als uns übergeben und als von uns durch unseren Beauftragten (den Tradirenden) auf den Andern übertragen. D. h. t. l. 1 § 21; 39, 5 de donat. l. 31 § 1. Savigny Besitz S. 241 f. und § 126 Beil. Nr. IV.

Besitzerwerb durch Stellvertreter.

§ 126.

(Arndts §§ 140. 141.)

Bei der Erwerbung des Besitzes ließ schon das römische Recht eine wahre direkte Stellvertretung zu, freilich nur allmählich[1]. Es führte darauf ein unabweisbares praktisches Bedürfnis, namentlich wegen der Bedeutung des Besitzes für Erwerbung des Eigenthums. Hiernach kann durch einen Stellvertreter oder Repräsentanten, durch eine Mittelsperson unmittelbar dem Principal Besitz erworben werden und also auch das Eigenthum in den Fällen, in welchen durch den Besitz das Eigenthum erworben werden kann[2]. In dieser Hinsicht gilt

I. bei den gesetzlichen Stellvertretern[3] Folgendes: sie können für den Vertretenen nicht bloß das corpus ergänzen, sondern auch den animus, d. h. sobald sie eine Sache in ihre Gewalt erworben haben mit der Absicht, sie für den Vertretenen zu erwerben und zu haben, so erwirbt dieser sofort dadurch den Besitz[4].

II. Bei der beauftragten (oder sog. freiwilligen) Stellvertretung[5] ergiebt sich die Möglichkeit der Besitzerwerbung ganz aus dem Besitzbegriff. Wie man nämlich die Herrschaft über eine Sache durch einen Dritten ausüben kann[6], eben so muß man sie auch durch einen Dritten erwerben können. Dies geschieht, wenn er sie für uns in seine Gewalt bringt und wir den animus possidendi haben.

---

[1] S. § 83. Savigny Besitz S. 313 f. Dies geschah wahrscheinlich schon von Augustus' Zeiten an.

[2] Z. B. in den Fällen des § 131. Vgl. § 123 Beil. Nr. V; Cod. de poss. 7, 32 cet. 1, 8. — Arndts § 140 Anm. 1.

[3] S. oben § 83 Lit. B (Th. I S. 413 f.).

[4] Arndts § 141 Note d—f. Über den Erwerb des Besitzes durch Sklaven und Hauskinder s. die Beil. Nr. III.

[5] S. oben § 83 Lit. A (Th. I S. 408).

[6] S. § 122 Nr. IV.

Denn dann sind beide Faktoren des Besitzes in unserer Person vereinigt; den nöthigen animus haben wir und das corpus, das der Andere für uns mit unserem Willen ergreift und ausübt, haben wir durch ihn[7].

Beilage.

Besitzerwerbung durch freiwillige Stellvertreter. — Eine freiwillige Stellvertretung wird begründet:

I. durch einen Auftrag, den Derjenige, welcher den Besitz erwerben will (Principal, Mandant) einem Andern (Mandatar, Prokurator, Stellvertreter, Mittelsperson, Repräsentant) dahin giebt, daß er für ihn, den Principal, den Besitz erwerbe. Zu einer solchen Besitzerwerbung durch einen Beauftragten ist Folgendes erforderlich:

1) Der Beauftragte muß das Gewaltverhältnis, das corpus vermitteln, d. h. er muß die Herrschaft über die Sache auf eine der in § 125 Beil. angeführten Weisen erwerben.

2) Das zur Besitzerwerbung erforderliche Willensmoment muß in dem Principal vorhanden sein. Er muß die Absicht haben, daß für ihn der Besitz durch den Beauftragten erworben werde (also den animus rem sibi habendi), Arndts § 140 Anm. 1 i. A. Diesen Willen erklärt der Principal eben dadurch im Voraus, daß er den Auftrag giebt, die Sache für ihn zu erwerben, gehe nun der Auftrag auf die Erwerbung einer speciell oder einer bloß generisch bestimmten Sache, laute er mehr oder minder allgemein. Wenn ich daher z. B. Jemanden für die Zeit meiner Abwesenheit zum Verwalter meines Vermögens bestelle: so liegt darin der Auftrag, meine laufenden Einkünfte einzunehmen, verfallene Forderungen für mich einzukassiren, also auch ein Auftrag, den Besitz an den einzunehmenden Gegenständen für mich zu erwerben (s. besonders Bremer in der Gießener Zeitschrift N. F. Bd. XI S. 211 f.). In allen diesen Fällen wird in dem Momente, in welchem der Prokurator in Folge des Auftrags die Sache auf die in § 125 Beil. angegebene Weise in seine Gewalt bringt, der Besitz der Sache sofort vom Principal erworben, sollte er auch von dem Akte, durch welchen der Prokurator die Sache in seine Gewalt bringt, noch keine Kunde bekommen haben; es erwirbt daher auch in dem Momente der Principal sofort das Eigenthum der Sache, wenn der Fall der Art ist, daß durch den Besitzerwerb der Eigenthumserwerb vermittelt wird, z. B. wenn ich meinem Jäger den Auftrag gebe, in meinem Revier einen Hasen zu schießen, oder ich Jemandem den Auftrag gebe, eine Sache, die der Eigenthümer mir geschenkt oder an mich auf Kredit verkauft hat, für mich in Empfang zu nehmen: so erwerbe ich den Besitz und dadurch das Eigenthum der Sache in dem Moment, in welchem der Erstere den Hasen schießt und occupirt oder der Letztere die Sache wirklich für mich in Empfang nimmt. Deßhalb sagen die Quellen in solchen Fällen: ignoranti adquiritur possessio D. h. t. l. 42 § 1; D. 41, 1 de domin. l. 13 pr. l. 20 § 2 l. 53 a. E., C. 7, 32 h. t. cst. 1, 8; I. 2, 9 per quas pers. nobis § 5. Nur der Usukapionsbesitz beginnt für den Principal in solchen Fällen erst, wenn er von der durch den Prokurator geschehenen Ergreifung Kunde bekommt. Wenn daher Jemand in meinem Auftrage für mich von dem A. eine Sache kauft und sie sich für mich übergeben läßt, die Sache gehörte aber dem A. nicht und später tritt der wahre Eigenthümer mit einer Vindikation gegen mich auf, und ich will mich auf Ersitzung der Sache berufen: so kann ich meine Ersitzungszeit erst von dem Augenblicke an rechnen, an welchem ich erfahren hatte, daß meinem Prokurator die Sache übergeben worden sei. C. l. c. cst. 1.

---

[7] Näheres über diesen Erwerb, die negotiorum gestio und das constitutum possessorium s. in der Beilage. Vgl. auch § 123 Beil. Nr. II.

3) Der Beauftragte muß die Absicht haben, die Sache für den Principal zu erwerben. Ergreift er die Sache in der Absicht, sie für sich selbst zu behalten: so wird er Besitzer der Sache, nicht der Principal; denn in diesem Falle, so wie in dem Falle, wenn der Prokurator die Absicht hat, die Sache für einen Dritten zu erwerben, kann der Principal nicht Besitzer der Sache werden, weil er ja nicht die Herrschaft über die Sache bekommen hat, da der Prokurator in solchen Fällen gar nicht als sein Stellvertreter handeln wollte, D. h. t. l. 1 § 20. Nur ist bei der Besitzerwerbung durch Tradition wohl zu beachten, daß eine solche Absicht nicht in einer bloßen reservatio mentalis bestehen darf. Wenn nämlich Jemand einem vom Principal Beauftragten eine Sache übergiebt, um sie dadurch auf den Principal zu übertragen: so geht in Folge dieser erklärten Absicht des Tradenten sofort durch die an den Beauftragten geschehene Übergabe der Besitz der Sache an den Principal über, vorausgesetzt, daß der Beauftragte sie in seiner Eigenschaft als Beauftragter annimmt, sollte er dabei auch denken oder beabsichtigen, den Besitz für sich oder einen Fremden erwerben zu wollen (aber ohne diesen Gedanken vorher ausdrücklich gegen den Tradenten auszusprechen; denn wenn er ihn ausdrücklich vorher gegen ihn aussprach, und der Trabent doch übergiebt: so würde der Principal nicht dadurch erwerben können). D. 39, 5 de donat. l. 13; s. auch besonders Bremer a. a. O. S. 262 f. Zwar kann in einem solchem Falle der Principal den Besitz sofort wieder verlieren, z. B. wenn der Prokurator die bewegliche Sache unterschlägt in der Absicht, sie für sich zu behalten oder sie dem Fremden wirklich übergiebt; allein die praktische Bedeutung des angeführten Satzes liegt darin, daß der Principal, wenn der Trabent Eigenthümer der Sache war, nun durch jene Besitzerwerbung sofort auch das Eigenthum der Sache erworben hat, und wenn nun der Prokurator die Sache unterschlägt und für sich behält oder an einen Dritten veräußert, der Principal zwar dadurch den Besitz wieder verliert, aber nicht sein einmal erworbenes Eigenthumsrecht, weil ihm durch die Unterschlagung des Stellvertreters wohl sein Besitz, da dieser etwas rein Faktisches ist, aber nicht sein Recht, das er in Folge seines Besitzes erworben hatte, wieder entzogen werden kann; er kann daher nun die Sache als Eigenthümer von jedem dritten Besitzer vindiciren. Diesem Satze steht nicht, wie Manche glauben, entgegen D. 41, 1 de domin. l. 37 § 6; denn diese Stelle sagt bloß: in einem solchen Falle nihil agetur, die l. 13 cit. aber erklärt dies nur näher dahin, daß in einem solchen Falle der Prokurator nihil agit in sua persona, sed mihi (dem Principal) adquirit. Vergl. auch Savigny Besitz § 26. (Die Auslegung, welche Bremer a. a. O. von der l. 37 § 6 giebt, ist unrichtig; sie enthält zwar einen an sich richtigen Grundsatz, aber er steht nicht in § 6 cit.)

II. Es kann auch der Fall sein, daß Jemand eine Sache für einen Anderen, also als dessen Stellvertreter, in Besitz nimmt, ohne von ihm Auftrag dazu erhalten zu haben, also als negotiorum gestor desselben. Hier fehlt bei dem Anderen, dem dadurch der Besitz erworben werden soll, das zum Erwerb des Besitzes nöthige vermittelnde Willensmoment; er kann also durch die einseitige Handlung des negotiorum gestor den Besitz noch nicht erwerben. Sobald aber dieser Mangel re integra ergänzt wird, sobald also Derjenige, für den der gestor die Sache an sich nahm, davon erfährt und es genehmigt, also den animus rem sibi habendi annimmt und es gut heißt, daß der gestor für ihn das faktische Verhältnis vermittelte: so erwirbt er nun den Besitz; D. de neg. gest. 3, 5 l. 24 (procurator bezeichnet in dieser Stelle den bloßen negotiorum gestor, ein Sinn, in welchem das Wort häufig vorkommt) D. de adquir. poss. 41, 2 l. 42 § 1 verb. »quodsi sua sponte« ꝛc.

III. Besondere Grundsätze galten nach römischem Recht zum Theil bei dem Erwerb durch Sklaven und Hauskinder, welche man kennen muß, um nicht Unpraktisches mit Praktischem zu verwechseln.

1) Sklaven konnten nichts Eigenes haben; was sie erwarben, gehörte dem Herrn, und derselbe Grundsatz galt im römischen Recht bis zu den christlichen

Kaisern, wie im Familienrecht zu zeigen ist, auch von Hauskindern, d. h. was sie erwarben, gehörte dem Hausvater (mit Ausnahme des peculium castrense).

2) Dieser Grundsatz litt aber bloß Anwendung bei Erwerbung von Rechten, nicht auch von faktischen Verhältnissen. Sollte der Herr oder der Hausvater durch den Sklaven oder das Hauskind in ein faktisches Verhältnis kommen: so mußten erst in seiner Person die dazu erforderlichen faktischen Momente in der Weise sich realisiren, wie es überhaupt zu einer Erwerbung durch Stellvertreter nöthig ist. Hieraus folgte in Beziehung auf Besitzerwerbung:

a. Der Herr oder Hausvater erwarb, wenn der Sklave oder das Hauskind für ihn sich in den Besitz einer Sache setzten, dadurch den Besitz in der Regel (s. Lit. b, β) nur dann, wenn sie auf die unter I oder II angeführten Weisen als seine Stellvertreter handelten, wenn sie also in Folge seines Auftrags auf die unter I angegebene Weise den Besitz für ihn erwarben, oder falls sie es ohne Auftrag thaten, er von der Ergreifung erfährt und durch seine Genehmigung die Besitzerwerbung vermittelt; D. h. t. l. 44 § 1 verb. »nam si non« ꝛc. l. 1 § 13 l. 3 § 12.

b. Wenn aber diese Erfordernisse nicht vorhanden waren, wenn also Hauskind oder Sklave einen Besitz erwarben, ohne daß der Hausvater oder Herr Auftrag gab oder davon erfuhr und es genehmigte, oder sie gar den Besitz für sich erwerben wollten:

α. so ging das dadurch etwa begründete Recht, z. B. wenn das Hauskind oder der Sklave eine Sache kaufte und sich tradiren ließ, das Eigenthum der Sache sofort auf den Hausvater oder Herrn über, weil, was das Hauskind oder der Sklave an Rechten erwirbt, dem Hausvater oder Herrn stets zufiel, wenn sie auch Nichts davon wußten; D. de domin. 41, 1 l. 10 § 1; de iur. dot. 23, 3 l. 46 pr. verb. »Traditione quoque« ꝛc. de O. et A. 44, 7 l. 16; de donat. 39, 5 l. 10 verb. »nisi ea mente« ꝛc. de adquir. hered. 29, 2 l. 72; den Besitz aber, als etwas Faktisches, erwarb er nicht eher, als bis er von der Ergreifung erfuhr und somit das nöthige Willensmoment in seiner Person vorhanden war; D. h. t. l. 44 § 1 a. E. l. 3 § 12 l. 24.

β. Nur wenn der Besitz ex causa peculiari erworben wurde, d. h. in Beziehung auf ein peculium, das dem Sklaven oder Kinde gegeben oder gelassen war, z. B. der Hausſohn oder Sklave sich mit dem Pekuliengelde eine Sache kauft und sich übergeben läßt: so erwarb sofort der Hausvater oder Herr auch den Besitz der Sache selbst dann, wenn er Nichts von der Ergreifung wußte. Die römischen Juristen erklären dies auf verschiedene Weise, Einige dadurch, daß hier gleichsam ein Auftrag des Herrn, dem ja das peculium eigentlich gehört, zu präsumiren sei, Andere wohl richtiger, daß es utilitatis causa iure singulari aufgekommen sei; s. die Stellen bei Arndts § 141 Note a—c.

Was die Anwendbarkeit dieser Grundsätze über Besitzerwerb durch Hauskinder bei uns betrifft: so gilt natürlich das unter a. Gesagte noch bei uns durchaus; aber das unter b. α Gesagte fällt bei uns ganz weg; denn nach dem neuesten römischen Recht und ebenso bei uns sind Hauskinder, auch abgesehen vom peculium castrense, durchaus fähig, für sich Besitz und Rechte, namentlich Eigenthum, zu erwerben und fällt Das, was ein Hauskind erwirbt, nicht mehr dem Hausvater zu, sondern gehört dem Kinde (s. Familienrecht). Wenn daher ein Hauskind eine Sache für sich kauft oder geschenkt bekommt und sie ihm tradirt wird oder es sonst eine Sache in Besitz nimmt: so erwirbt das Hauskind für sich Besitz und Eigenthum, nicht aber der Hausvater. Dagegen gilt das unter b. β Angeführte nach gemeinem Recht auch bei uns noch, aber nur bei dem sog. peculium profecticium der Hauskinder, weil dieses nicht dem Kinde, sondern dem Hausvater (wie nach älterem römischen Recht das peculium überhaupt mit Ausnahme des castrense) gehört.

IV. Aus dem unter I Ausgeführten ergiebt sich als etwas ganz Natürliches das sog. constitutum possessorium. Wenn nämlich der bisherige

Besitzer den Besitz der Sache auf uns übertragen, jedoch die bloße Detention vorläufig noch für uns verwalten will: so kann die Besitzübertragung durch eine bloße Verabredung geschehen. Er braucht nämlich in einem solchen Falle die Detention nicht erst für uns zu ergreifen, weil er ja diese (als Besitzer schon hat, sondern er hat bloß zu erklären, daß er seine possessio aufgeben und auf uns übertragen, die Detention aber für uns noch verwalten wolle (daß er den animus rem sibi habendi aufgeben und den animus, für uns zu besitzen, annehmen wolle), und wenn wir damit einverstanden sind, also den animus rem nobis habendi annehmen: so sind wir Besitzer, weil nun die beiden Besitzfaktoren in unserer Person vereinigt sind, indem wir den zum Besitz nöthigen Willen haben und durch den bisherigen Besitzer, der nun unser detentor geworden ist, die physische Gewalt über die Sache üben; z. B. wenn A. mir erklärt, er wolle mir hiermit seine Sache schenken, behalte sich aber den Nießbrauch bis an seinen Tod vor, oder er wolle die Sache, die er an mich verkauft habe und noch besitze, von mir auf die nächsten 3 Jahre hiermit zu dem und dem Preise miethen, und ich meinen Konsens erkläre, so geht seine possessio und damit das Eigenthum der Sache sofort auf mich über und er detinirt sie nur als Nießbraucher, resp. Miether; C. de don. 8, 54 cst. 28, D. d. R. V. 6, 1 l. 77; h. t. l. 18 pr. Einen solchen Besitzerwerbungsakt bezeichnet man bei uns durch constitutum possessorium. Hieraus ergiebt sich auch: Wenn Jemand eine Sache uns in den Besitz und dadurch in das Eigenthum übertragen will, wir ihm aber den Auftrag geben, sie einem Dritten in unserem Namen zu übergeben, damit dieser sie behalte, und er thut es: so überträgt er dadurch unseren Besitz und unser Eigenthum auf den Dritten; denn darin, daß wir ihm den Auftrag geben und er ihn annimmt, liegt ein constitutum possessorium, vermöge dessen er uns als Besitzer und sich als detentor (als unseren Mandatar) anerkennt, somit Besitz und Eigenthum auf uns übergegangen ist, und er nun als Mandatar unseren Besitz und unser Eigenthum auf den Dritten überträgt. Vergl. auch D. de Publ. act. 6, 2 l. 11 pr.; de iur. dot. 23, 3 l. 51.

Ein solches constitutum ist aber nicht zu präsumiren, und es ist daher in dem bloßen Abschlusse eines Veräußerungsvertrags noch nicht ein constitutum possessorium enthalten. Wenn z. B. mir Jemand seine Sache verkauft oder schenken zu wollen erklärt: so geht durch den bloßen Abschluß des Kauf- oder Schenkungsvertrags nicht schon der Besitz der Sache auf mich über; denn in dem Verkauf oder der Schenkung liegt noch nicht die Erklärung des Verkäufers oder Schenkers, daß er sofort, selbst so lange die Sache noch in seinen Händen ist, den Besitz der Sache auf mich übertragen haben und bloßer Verwalter meines Besitzes sein wolle; C. de pact. 2, 3 cst. 20. Vielmehr gehört zu einem constitutum possessorium ein ausdrücklicher gerade hierauf gerichteter Vertrag oder eine solche Handlung, in welcher die Absicht des bisherigen Besitzers liegt, daß er von nun an bloß die Detention der Sache haben, die Possession aber auf seinen Kontrahenten übertragen wolle, wie in den vorhin angeführten Beispielen des Vorbehalts des Nießbrauchs an der geschenkten Sache oder der Miethe der verkauften Sache (denn Miether und Nießbraucher sind ja bloß Detentoren). Eine solche durch konkludente Handlungen ausgesprochene Absicht kann auch darin liegen, daß der veräußernde Besitzer die sein Eigenthum an der Sache beweisenden Urkunden seinem Kontrahenten übergiebt, indem er dadurch erklärt, sein Besitz und eben damit sein Eigenthum solle sofort auf den Kontrahenten übergehen, so daß er von da an für den letzteren die Sache als Prokurator detinirt; (so läßt sich auch die viel besprochene cst. 1 de donat. 8, 54, ein Reskript, ohne Anomalie erklären, wie auch Savigny in den älteren Ausgaben seines Besitzes § 16 sie erklärte; Ältere wollten darin eine Übergabe durch Symbole finden; allein Besitzerwerbung durch Symbole kennt das römische Recht nicht; Savigny will in den späteren Ausgaben (6. S. 245 ff., 7. S. 220 ff.) die Stelle dadurch erklären, daß er die Gegenwart des zu übergebenden Gegenstandes in sie hineinträgt, wie es schon die Glosse that. Rudorff zu Savigny S. 637 Nr. 63 versuchte eine Erklärung, nach welcher die

Stelle gar nicht zur Frage über Beſitzerwerb gehören würde). — Nur bei Eingehung einer allgemeinen Gütergemeinſchaft (societas omnium bonorum) wird ein constitutum possessorium präſumirt. d. h. angenommen, mit dem Abſchluß des Vertrags habe Jeder die betreffende Quote, z. B. wenn die Verabredung auf gleiche Theile ging, die Hälfte ſeiner Güter, auf den Andern ſo übertragen wollen, daß von jeder Sache, die er beſitzt, er ſofort zur Hälfte detentor des Andern ſein wolle, ſo daß nun von der Hälfte Deſſen, was Jeder beſitzt, der Beſitz (und dadurch, wenn er Eigenthümer iſt, auch das Eigenthum) auf den Andern ſofort übergeht; D. pro soc. 17, 2 l. 1 § 1 l. 2. Manche wollen dies anders erklären, es finde hier Eigenthumsübergang ohne Beſitzübertragung, alſo ein ſog. transitus legalis dominii ſtatt; ſo auch Arndts § 145 Anm. 1 a. E. Allein die l. 2 cit. ſagt ja traditio — tacita creditur intervenire.

Verluſt des Beſitzes.

§ 127.

(Arndts §§ 142. 143.)

Über die Fortdauer eines erworbenen Beſitzes bedarf es einer beſonderen Theorie nicht; denn hat man einmal den Beſitz einer Sache erworben, ſo dauert er eben ſo lange fort, bis man ihn durch eine beſondere Thatſache wieder verliert. Es kommt daher nur auf die Frage an, durch welche Thatſachen man einen Beſitz wieder verlieren könne. Auch dieſe Frage iſt eine rein faktiſche und beſtimmt ſich ganz nach den Erforderniſſen des Beſitzes. Man bleibt Beſitzer, ſo lange man die Sache mit dem erforderlichen animus in der Gewalt hat, ſei es daß man dieſe Gewalt unmittelbar durch ſich ſelbſt ausübt oder durch einen Stellvertreter. Was den erſteren Fall betrifft, ſo iſt zur Fortdauer des Beſitzes keineswegs nothwendig, daß man mit den Sachen, deren Beſitz man erworben hat, in einer ſteten körperlichen Berührung bleibt oder ſtets in ihrer Gegenwart iſt; man kann ſich auch von ihnen entfernen und behält doch die einmal erworbene Gewalt über ſie, alſo den Beſitz, ſo lange nicht eine poſitive Thatſache uns dieſe Gewalt entzieht. Wenn z. B. der Beſitzer eines Hauſes und der vielen Sachen, die er darin hat, auf einige Zeit weggeht oder auf längere Zeit verreiſt, ſo bleibt er doch Beſitzer des Hauſes und der Sachen, die er in demſelben zurückließ, weil ſie durch ſein Weggehen noch keineswegs ſeiner faktiſchen Gewalt entzogen werden oder er den animus possidendi nicht aufgegeben hat. Dies bezeichnen die römiſchen Quellen dadurch: in ſolchen Fällen animo oder solo animo retinetur possessio, d. h. zur Konſervirung eines erworbe-

nen Beſitzes iſt nicht eine ſtete Reproduktion der körperlichen Berührung der Sache und ſtete Gegenwart bei derſelben nöthig, ſondern zu Erhaltung erworbenen Beſitzes genügt, daß man den animus possidendi nicht aufgiebt und daß uns die faktiſche Herrſchaft über die Sache nicht durch eine poſitive Thatſache entzogen iſt[1]. Es iſt daher wohl zu beachten, was Manche nicht gehörig thun, daß zur Erwerbung des Beſitzes mehr erfordert wird, als zur Fortdauer des erworbenen und dies liegt ganz in der Natur der Sache. Denn um wirklich faktiſcher Herr einer Sache erſt zu werden, muß man ſich der Sache bemächtigen, iſt alſo unſere Gegenwart bei der Sache nöthig und die unmittelbare Möglichkeit, auf die Sache ausſchließlich einzuwirken, — natürlich abgeſehen vom Erwerb durch einen Stellvertreter, wo aber dann dieſer ſich in dieſe Herrſchaft für uns ſetzen muß.

Hat man aber ſo die Sache in ſeine ausſchließliche Gewalt gebracht, ſo wäre es abſurd, zu Fortdauer unſerer faktiſchen Herrſchaft zu verlangen, daß man ſtets bei der Sache ſich befinde. Eine einmal erworbene Herrſchaft wird ſchon nach allgemeiner natürlicher Auffaſſung ſo lange als fortbeſtehend betrachtet, als ſie uns nicht durch ein mit ihr unverträgliches Ereignis entzogen wird und dies iſt auch die Auffaſſung unſerer Rechtsquellen, wie des praktiſchen Lebens. Es kommt alſo nicht[2] darauf an, wie die Sache (im Leben) von Seiten des wahren Eigenthümers behandelt zu werden pflegt, ſondern darauf, wie die Dauer meiner faktiſchen Herrſchaft und ihr Verluſt nach den Geſetzen und einer vernünftigen Auffaſſung des Lebensverhältniſſes ſich beſtimmt[3].

Nach Dieſem aber geht der Beſitz einer Sache nur verloren, wenn die Möglichkeit einer faktiſchen Herrſchaft poſitiv verloren geht oder man den animus possidendi poſitiv aufgiebt, alſo wenn ein wirkliches contrarium in einem der beiden Beſitzfaktoren eintritt, entweder uns die Gewalt durch irgend ein Ereignis entzogen wird, oder wir den animus possidendi aufgeben[4].

---

[1] I. de interd. 4, 15 § 5; D. h. t. l. 44 § 2 l. 45 l. 25 § 2 init.; de vi 43, 16 l. 1 § 25 Bell. Nr. II.

[2] So Arndts § 142 bei Anm. 2 nach Jhering.

[3] Der Richter iſt hier an die Natur der Sache gewieſen.

[4] D. h. t. 41, 2 l. 3 § 6, 9 l. 30 § 4. Dies und nichts Anderes ſagen auch die viel beſprochenen l. 8 eod. und die l. 153 de R. I. 50, 17. Sie ſagen, der Beſitz gehe

Man verliert daher den Beſitz einer Sache:

I. wenn ein contrarium in beiden Beſitzfaktoren zugleich eintritt. Das iſt der Fall, wenn man die Sache, die man beſitzt, durch traditio auf einen Andern überträgt[5]; ferner, wenn man ſich von der Sache trennt, in der Abſicht, ſie preiszugeben, alſo ſie derelinquirt; denn in beiden Fällen geben wir ſowohl die Gewalt, als den animus possidendi poſitiv auf[6].

II. Wenn bloß im corpus ein contrarium eintritt, ſollte man auch noch den animus possidendi haben. Man verliert deßhalb namentlich den Beſitz

1) bei beweglichen Sachen,

a. wenn ein Dritter die Sache uns wegnimmt und in ſeine Gewalt bringt, z. B. ſtiehlt, raubt ꝛc[7]. Hier haben wir den Beſitz in dem Moment verloren, in welchem der Dritte die Sache in ſeine Gewalt brachte;

b. wenn wir die Sache verlieren[8], nicht aber, wenn wir ſie bloß innerhalb unſeres Gewahrſams, z. B. in unſerer Wohnung, verlegt haben. Im letzteren Fall bleiben wir Beſitzer, weil die Sache eigentlich doch noch in unſerer Gewalt und custodia iſt[9]; und das Gleiche iſt der Fall, wenn wir die Sache an einen fremden Ort gebracht haben, ſollten wir auch ihn nicht gleich wieder auffinden können[10], ſo lange die Sache noch an dieſem Ort iſt;

c. wenn die Sache uns völlig unzugänglich wird, z. B. ein Ring in den Fluß fällt[11].

d. Bei Thieren[12], und zwar bei wilden Thieren, wenn ſie ſich unſerer Gewalt entziehen, z. B. der gefangene Vogel uns davon-

---

nur verloren durch ein contrarium, und dies gelte bei beiden Beſitzfaktoren, ſowohl beim corpus als beim animus, d. h. alſo, er gehe verloren, wenn im corpus (allein) ein contrarium eintritt, oder wenn ein ſolches im animus oder wenn es gar in beiden zugleich eintritt. S. beſonders Savigny Beſitz § 30 (7. Ausg.) S. 336.

[5] Durch erpreßte traditio verliert man auch den Beſitz, iſt aber nicht vi deiectus; man hat nicht das interdictum unde vi, aber die actio metus. D. de vi 43, 16 l. 5; quod modus causa 4, 2 l. 9.

[6] Arndts § 142 Note 6 u. Anm. 2.

[7] D. h. t. 41, 2 l. 15.

[8] D. h. t. 25 pr.

[9] D. h. t. l. 3 § 13.

[10] D. l. 44 pr. eod.

[11] D. h. t. l. 13 pr.

[12] Vgl. auch § 134 Lit. B, C.

fliegt[13]; bei (ihrer Gattung nach) zahmen Thieren und bei gezähmten, wenn ſie ſich von uns trennen, um nicht wieder zurückzukehren (die consuetudo revertendi ablegen), z. B. der Hund davon läuft, die Taube davon fliegt, oder wenn ſie ſich total von uns verirren, z. B. der Hund uns nicht mehr finden kann[14].

e. Endlich wird der Beſitz natürlich auch verloren durch den Untergang der Sache, ferner durch specificatio derſelben, indem man dann an der neuen Sache einen neuen Beſitz anfängt[15].

2) An Grundſtücken verliert man namentlich den Beſitz, wenn ein Dritter uns der Herrſchaft über das Grundſtück gewaltſam entſetzt, z. B. uns hinauswirft oder auf demſelben feſſelt und es ſich anmaßt; ferner wenn ein Dritter in unſerer Abweſenheit das Grundſtück occupirt und wir nachdem wir davon erfahren, ihn nicht ſofort hinaustreiben[16]; oder wenn das Grundſtück uns durch Naturereigniſſe, z. B. Überſchwemmung, bleibend unzugänglich wird[17].

III. Bloß durch ein contrarium im animus geht der Beſitz verloren, wenn der Beſitzer die Abſicht, zu beſitzen, poſitiv aufgiebt, alſo den Willen faßt, nicht mehr zu beſitzen, was aber natürlich nur ein Willensfähiger kann[18].

Einen Beſitzverluſt durch Aufgeben des animus nehmen die römiſchen Quellen bei Grundſtücken auch dann an, wenn der Beſitzer vom Grundſtück ſehr lange abweſend iſt und in dieſer Zeit es ganz vernachläſſigt und ſich nicht darum bekümmert[19].

Natürlich hört jeder Beſitz des bisherigen Beſitzers auf, wenn er ſtirbt[20].

---

[13] D. h. t. l. 3 § 14; de dominio 41, 1 l. 3 § 2 u. 4 l. 5 pr.; I. de rer. divis. 2, 1 § 12 a. E. Vgl. auch unten § 134 Beil. I.

[14] D. h. t. l. 3 § 13, 15, 16; de domin. 41, 1 l. 5 § 5; I. de rer. divis. 2, 1 § 15.

[15] D. h. t. l. 30 § 4.

[16] Vgl. § 125 Beil. Nr. I 2 Lit. β.

[17] D. h. t. l. 3 § 17 l. 30 § 3. Savigny Beſitz § 9 (7. Ausg.) S. 125.

[18] D. h. t. 3 § 6 l. 27. Dahin gehört namentlich auch, wenn der bisherige Beſitzer einem Dritten erklärt, er wolle die Sache nicht mehr für ſich haben, ſondern den Beſitz auf ihn übertragen, aber vor der Hand von jetzt an die Sache für ihn detiniren, und dieſer damit einverſtanden iſt; alſo der Fall des constitutum possessorium, ſ. oben § 126 Beil. Nr. IV letzter Abſatz.

[19] D. de usurp. 41, 3 l. 37 § 1.

[20] S. Beil. Nr. I.

Beilage.

Verluſt eines Beſitzes, den man durch Stellvertreter ausübt.

Wenn wir durch einen Stellvertreter (Repräſentanten) beſitzen, der für uns die Sache detinirt, z. B. durch einen Pachter, Miethsmann, Verwalter, Nießbraucher und dergl.: ſo haben und üben wir den Beſitz aus animo nostro (d. h. durch unſeren animus rem nobis habendi) und corpore alieno, d. h. die faktiſche Herrſchaft über die Sache haben wir durch den Stellvertreter, indem er ſie auf unſeren Namen ausübt, D. de poss 41, 2 l. 3 § 12. In Beziehung auf Fortdauer und Verluſt des Beſitzes gilt auch hier der Grundſatz, daß man in einem ſolchen Falle den Beſitz nur verliert, wenn in Beziehung auf den einen oder den anderen der beiden Beſitzfaktoren (animus und corpus) ein contrarium eintritt. Der Beſitz geht alſo auch in dieſen Fällen nicht bloß dadurch verloren, daß in beiden Faktoren zugleich ein contrarium eintritt, z. B. wenn der Principal (d. h. Der, für welchen der Stellvertreter detinirt) die Sache an einen Dritten veräußert und ſie dieſem trabirt oder tradiren läßt, ſondern auch dann, wenn das contrarium nur in Beziehung auf den einen jener Faktoren eintritt, ſomit

I. ſobald der Principal den animus possidendi aufgiebt; D. h. t. l. 3 § 6 l. 17 § 1. Auch geht natürlich der Beſitz des Principals verloren, wenn er ſtirbt; denn die hereditas iacens kann nicht beſitzen, da ihr alle Erforderniſſe dazu abgehen, D. si is qui test. 47, 4 l. 1 § 15, Savigny Beſitz § 21 i. A., Schirmer Handbuch des römiſchen Erbrechts I S. 15—17; ſie kann alſo auch nicht einen Beſitz des Erblaſſers dadurch fortſetzen, daß ein detentor die faktiſche Herrſchaft vermittelt, D. h. t. 41, 2 l. 30 § 5; über die letztere Stelle ſ. beſonders Ihering Abhandlungen 1844 S. 257—261. Vgl. auch unten § 138 Beil. Lit. B.

II. Wenn in der faktiſchen Herrſchaft, die der Stellvertreter für den Principal ausübt, ein contrarium eintritt. — Unter welchen Modalitäten aber hier der Beſitzverluſt eintrete, namentlich bei Grundſtücken, dieſes iſt eine auch jetzt noch ſehr beſtrittene Frage. Für die Entſcheidung derſelben iſt es, wie ſich aus dem Folgenden ergeben wird, von Wichtigkeit, genauer, als es von unſeren Schriftſtellern geſchieht, die Bedeutung des in den römiſchen Quellen ſehr häufig vorkommenden Ausdrucks animo oder solo animo possidere feſtzuſtellen. Denn wer ein Grundſtück solo animo possidet, kann a. den Beſitz nur dadurch verlieren, daß er ihn freiwillig aufgiebt oder daß ihm für ſeine Perſon durch ein äußeres Hindernis die Herrſchaft über die Sache entzogen, z. B. er durch Gewalt aus derſelben entſetzt wird (D. h. t. l. 3 § 9 verglichen mit den vorangehenden §§ 7, 8), b. ein ſolcher Beſitzer solo animo hat, wenn ein Dritter das Grundſtück eigenmächtig occupirt, gegen ihn das oben S. 65 Lit. β. bemerkte Recht der Selbſthilfe und verliert an den Dritten den Beſitz erſt in den dort angeführten Fällen; D. h. t. l. 25 § 2, l. 46. Zum solo animo possidere aber oder animo retinere possessionem wird erfordert, daß man nicht durch einen Stellvertreter beſitzt; denn wenn ein Stellvertreter für uns die Detention verwaltet, wie z. B. ein Prokurator, Pachter und dergl.: ſo beſitzen wir animo nostro, corpore alieno (D. h. t. l. 3 § 12), alſo nicht solo animo nostro, und eben, weil man hier corpore alieno beſitzt, folgt daraus, daß in einem ſolchen Falle jedes Ereignis, durch welches die faktiſche Herrſchaft des Stellvertreters aufgehoben wird (das alſo in der körperlichen Beziehung desſelben zur Sache ſich ereignet), ſo wirkt, als ob es auch dem Principal widerfahren wäre (vgl. nachher Nr. 1). Vielmehr heißt solo animo possidere oder animo retinere possessionem bloß, wenn der Beſitzer der Sache keinen Stellvertreter hat, aber zur Zeit ſich nicht bei oder auf der Sache befindet, z. B. wenn der Beſitzer eines Hauſes und der darin befindlichen Mobilien verreiſt: ſo retinirt er den Beſitz dieſer Sachen animo. Dieſe Bedeutung beweiſt ſich durch alle

Stellen des Corpus iuris, welche von animo retinere possessionem oder solo animo possidere ſprechen; ſ. namentlich den Gegenſatz der l. 3 § 7—11 D. h. t. zu § 12 eod., ferner l. 44 § 2 bis l. 46 eod.; de vi 43, 16 l. 1 § 24, C. h. t. 7, 32 cst. 4; ferner D. h. t. l. 25 § 2 vgl. mit § 1 eod. und I. de interd. 4, 15 § 5 (hier wird das »animo retinere possessionem« ausdrücklich dem Beſitz durch Stellvertreter entgegengeſetzt und es erklärt durch: »id est, ut quamvis neque ipse sit in possessione, neque eius nomine alius, tamen si non derelinquendae possessionis animo, sed postea reversurus inde discesserit, retinere possessionem videatur«.

Dieſes vorausgeſchickt ſind folgende Fälle bei der vorliegenden Frage zu unterſcheiden:

1) Dem Stellvertreter, welcher für den Principal detinirt, wird die faktiſche Gewalt über die Sache durch irgend ein äußeres Ereigniß entzogen, z. B. er wird von einem Dritten mit Gewalt aus der Detention geſetzt und dergl. In dieſem Falle geht auch ſofort für den Principal der Beſitz verloren, da er corpore alieno (des Stellvertreters) beſitzt, ihm aber ja nun die Herrſchaft über die Sache dadurch entzogen iſt, daß ſeinem Stellvertreter ihre Ausübung unmöglich gemacht wurde. Dieſes gilt nicht bloß bei Mobilien, ſondern ganz allgemein, alſo auch beim Beſitz von Grundſtücken, und zwar verliert der Principal ſelbſt dann den Beſitz, wenn er auch noch Nichts von dem Vorgange weiß; D. de vi 43. 16 l. 1 § 22. — Wenn dagegen bloß der Principal die unmittelbare Herrſchaft über die Sache verliert, aber ſein Stellvertreter ſie noch für ihn hat, z. B. der Principal aus dem Grundſtück, das er an den A. verpachtet hat, von einem Dritten hinausgeworfen wird: ſo bleibt er Beſitzer der Sache, weil er ja in einem ſolchen Falle immer noch durch ſeinen Stellvertreter, den Pachter, die Herrſchaft über die Sache hat; D. l. c. l. 1 § 45, h. t. l. 9.

2) Der Stellvertreter ſtirbt oder wird willensunfähig. In einem ſolchen Falle iſt dem Principal die Möglichkeit der Ausübung der faktiſchen Herrſchaft über die Sache nicht entzogen; vielmehr iſt er nun, da er bisher den Beſitz der Sache hatte, gerade in derſelben Lage, in welcher ein Beſitzer ſich befindet, der keinen Stellvertreter hat und von der Sache, die er beſitzt, abweſend iſt; er bleibt daher in einem ſolchen Falle Beſitzer und zwar animo retinet possessionem; D. h. t. l. 3 § 8 (von Paulus), l. 25 § 1. Vgl. aber auch nachher Nr. 4, 5.

3) Der Stellvertreter giebt die Sache preis (ohne ſie ſich anzumaßen), z. B. der Miethsmann oder der Verwalter verläßt das ihm anvertraute Haus und läßt es leer ſtehen. In dieſem Falle führt die Konſequenz auf dieſelbe Entſcheidung, wie im Falle von Nr. 2. Der Principal hat dadurch die Möglichkeit der faktiſchen Herrſchaft über die Sache noch nicht verloren, der Stellvertreter aber hat aufgehört, Stellvertreter zu ſein; der Principal beſitzt alſo nun ohne einen Stellvertreter, animo retinet possessionem. So entſcheidet auch Paulus in l. 3 § 8 cit. und ebenſo wird in D. de dol. 4, 3 l. 31 entſchieden. Die Frage war aber unter den römiſchen Juriſten beſtritten, was Savigny Beſitz § 33 S. 369 (6. Ausg. S. 437) mit Unrecht leugnet; denn nicht nur ſagt die l. 40 § 1 h. t. das Gegentheil, in dem ſie es als etwas ganz Beſonderes, »propter utilitatem receptum«, heraushebt, daß beim Tode des Stellvertreters der Beſitz für den Principal nicht verloren gehe und im Gegenſatz davon in einer Parentheſe bemerkt: »aliud existimandum, si colonus sponte possessione discesserit« (zwar will Savigny ſtatt aliud mit einigen Mss. idem leſen; allein gegen die meiſten Mss. und namentlich gegen die Florentina, gegen die Baſiliken lib. 50 t. 2 c. 40 § 1 und den ganzen Zuſammenhang der Stelle), ſondern es wird auch außerdem noch in l. 31 h. t. das Gegentheil durch ein argumentum a contrario ausgeſprochen. Jedenfalls aber hat Juſtinian dieſe Frage und zwar dahin entſchieden, daß der Principal durch eine ſolche Handlung des Stellvertreters den Beſitz nicht verliere; C. h. t. 7, 32 cst. 12.

4) Wie iſt es aber, wenn in dem eben angeführten Falle ein Dritter ſich der preisgegebenen Sache bemächtigt, um ſie in Beſitz zu nehmen? Bei beweglichen Sachen hat es keinen Zweifel, daß in einem ſolchen Falle für den bisherigen Beſitzer der Beſitz verloren geht und der Occupant ihn erwirbt. Ob aber bei Grundſtücken das Gleiche der Fall ſei, darüber waren die römiſchen Juriſten verſchiedener Anſicht (auch Savigny a. a. O. S. 370, 6. Ausg. S. 430, nimmt dies an). Zwar leugnet Bangerow Pand. I § 209 Nr. 2 mit Anderen, daß hierüber unter den römiſchen Juriſten eine Kontroverſe beſtanden habe. Allein Bangerow weiſt bloß nach, daß durch Das, was Savigny anführt, die Kontroverſe nicht erwieſen werde, keineswegs aber hat er nachgewieſen, daß die römiſchen Juriſten über die Frage einſtimmiger Meinung geweſen ſeien. Vielmehr beſtand wirklich darüber eine Kontroverſe unter ihnen, wie ſich ganz unzweifelhaft aus Folgendem ergiebt: Die l. 3 § 8 D. h. t. (von Paulus) ſagt, wenn mein Pachter die gepachtete Sache preisgebe: ſo »animo retinebo possessionem«: hieraus aber ergiebt ſich klar, daß, wenn ein Dritter nun das Grundſtück invadirt, der bisherige Beſitzer dadurch den Beſitz noch nicht verliert, ſondern er ihn erſt dann verliert, wenn er von der Invaſion Kunde bekommt und es unterläßt, ſofort, wozu er befugt iſt, den Invadenten auszutreiben; denn dieſes gilt ja ganz allgemein in allen den Fällen, in welchen der Beſitz eines Grundſtücks »solo animo retinetur« ſ. oben S. 76. Das Gegentheil aber, daß nämlich in einem ſolchen Falle der Beſitz ſofort durch die Invaſion des Dritten verloren gehe, wenn auch der Beſitzer noch Nichts erfahren habe, ſagt Papinian in D. h. t. l. 44 § 2, und ebenſo war dieſer Anſicht auch Africanus, indem er (D. h. t. l. 40 § 1) ſogar in dem Falle, wenn der Pachter (der Stellvertreter) ſtirbt und nun ein Anderer das Grundſtück occupirt, den Beſitz ſofort als verloren annimmt (der Beſitz werde in einem ſolchen Falle nur erhalten, »si nemo extraneus eam rem interim possederit, sed semper in hereditate coloni manserit«). Hiernach läßt ſich die Kontroverſe nicht in Abrede ziehen und Dieſes iſt für den Sinn der cst. 12 h. t. von Wichtigkeit, weil in dieſer Juſtinian die Kontroverſen, die unter den klaſſiſchen Juriſten über den Beſitzverluſt durch Stellvertreter beſtanden, entſcheiden will, und es deßhalb um ſo weniger Zweifel hat, daß ſeine Entſcheidung in der cst. 12 cit., es ſolle der Beſitz nicht verloren gehen, wenn der Stellvertreter die Sache »alii prodiderit desidia forte vel dolo, ut locus aperiatur alii, eandem possessionem detinere«, ſich auch auf dieſen Fall bezieht. Es geht daher nach juſtinianiſchem Recht in ſolchen Fällen der Beſitz des Grundſtücks nicht verloren, vielmehr gilt Dasjenige, was vorhin als die Anſicht von Paulus ausgeführt wurde, ſo daß wenn ein Dritter des vom Stellvertreter preisgegebenen Grundſtücks ſich bemächtigt, der Beſitzer gegen ihn Selbſthilfe ausüben darf (S. 65).

5) Der Stellvertreter will die Sache auf einen Dritten übertragen, übergiebt ſie ihm zu dieſem Zwecke und dieſer ergreift ſie animo rem sibi habendi. Da hier der Principal durch den Stellvertreter (corpore alieno, alſo nicht solo animo) beſaß, durch die traditio aber dem Stellvertreter die Herrſchaft über die Sache entzogen und ſomit ein contrarium in Beziehung auf ſein corpus eingetreten iſt: ſo muß in einem ſolchen Falle der Principal den Beſitz verlieren (vgl. S. 76 Nr. II). Dies wird auch in D. de usurp. 41, 3 l. 33 § 4 ausgeſprochen und ergiebt ſich ebenſo auch aus D. h. t. l. 44 § 2. Zwar glauben Viele, daß für Grundſtücke Anderes gelte, namentlich Savigny Beſitz S. 370 ff. (6. Ausg. S. 439), indem er behauptet, auch dieſe Frage ſei unter den römiſchen Juriſten kontrovers geweſen und es ſei daher die Entſcheidung Juſtinians in cst. 12 h. t., daß durch Untreue des Stellvertreters der Beſitz nicht verloren gehe, auch auf den Fall der Tradition eines Grundſtücks zu beziehen. Dieſe Anſicht würde zu höchſt bedenklichen und ganz auffallenden praktiſchen Reſultaten führen, z. B. aus ihr folgen, daß wenn der Verwalter der Güter eines Abweſenden unbefugt einen Acker von dieſen Gütern verkauft, und ihn dem Käufer, der ihn bona fide kaufte, tradirt, weder Dieſer, noch die Perſon, an welche Dieſer den Acker wieder veräußert, den Beſitz der

Sache erlangen würde und der Principal, wenn er zurückkommt, nun gegen Den, in dessen Händen er den Acker findet, sollte dieser auch in bona fide sein, Selbsthilfe üben dürfte! Dieses wären aber so auffallende Anomalieen in Bezug auf den Besitzbegriff und auf Selbsthilfe, daß man sie nur annehmen könnte, wenn sie klar in den Quellen stehen. Allein in diesen stehen sie in der That nicht. Auch findet sich davon, daß über diesen Punkt die römischen Juristen verschiedener Ansicht gewesen wären, nicht eine Spur in unseren Quellen. Zwar beruft sich Savigny auf D. h. t. l. 3 § 7—9; allein diese §§, namentlich der allgemeine Satz in § 9, beziehen sich ja nicht auf die Fälle eines Besitzes durch Stellvertreter, sondern bloß auf den Fall, wenn man ohne Stellvertreter ein Grundstück besitzt, namentlich wenn man animo retinet possessionem, wie sich klar ergiebt, wenn man die §§ 7—11 vergleicht mit dem Übergang auf den ganz anderen Fall im § 12. Allerdings zählt die Stelle zu diesen Fällen auch den, wenn der Stellvertreter stirbt oder die Sache preisgiebt, aber nur, weil auch dann der Besitzer »solo animo retinet possessionem« (Nr. 2, 3); allein keiner von diesen §§ rechnet zu den Fällen, in welchen »animo retinetur possessio« auch den, wenn man durch einen Stellvertreter besitzt, dieser aber die Sache einem Dritten tradirt, und so ist also nirgends, weder in diesen, noch sonst in anderen Stellen irgend gesagt, daß trotz einer solchen Tradition der Besitz des Principals noch fortdaure. Hiernach kann man auch die Entscheidung Justinians in cst. 12 cit., in welcher überdies von einer Tradition gar nicht die Rede ist, auf diesen Fall nicht beziehen.

6) Der Stellvertreter will sich die Sache eigenmächtig aneignen. Hier verliert der Principal natürlich den Besitz so lange nicht, als jener Wille des Stellvertreters bloß etwas Innerliches bleibt; er kann ihn nur dann verlieren, wenn der Stellvertreter jenen Willen durch ein äußeres, die Gewalt über die Sache zu entziehen geeignetes Faktum bethätigt und ausgeführt hat. In dieser Beziehung muß man aber unterscheiden:

a. Den Besitz beweglicher Sachen verliert in einem solchen Falle der Principal und erwirbt der Stellvertreter, sobald Letzterer die Sache in der Absicht, sie für sich zu behalten, ergreift und sich aneignet (kontrektirt); D. h. t. l. 3 § 18. Durch bloße Verweigerung der Herausgabe der Sache und selbst durch Ableugnung derselben, wenn der Principal sie zurückfordert, geht dem Letzteren der Besitz noch nicht verloren. Denn theils kann hierbei der Stellvertreter immer noch die Absicht haben, Stellvertreter zu bleiben, z. B. wenn er bloß wegen Aufwandes, den er auf die Sache gemacht, ein Retentionsrecht ausüben will, oder wenn der Kommodatar behauptet, die Zeit, auf welche ihm die Sache geliehen worden, sei noch nicht abgelaufen (D. h. t. l. 20); anderntheils ist jedenfalls, wenn auch der Stellvertreter die Sache sich selbst aneignen will, zum Erwerb des Besitzes von seiner Seite und zum Verlust desselben für den Principal, ein äußeres Faktum nöthig, durch das er das bisherige Verhältnis ändert und die Sache an sich nimmt; er muß also die Sache wirklich in der Absicht, sie sich anzueignen, ergreifen, s. die angeführten l. 3 § 18 und D. de furt. 47, 2 l. 1 § 2 l. 67 pr. (nicht hiergegen ist D. h. t. l. 47; denn hier wird bloß eine entgegengesetzte Meinung referirt, dieselbe aber in l. 3 § 18 eod. und in den anderen angeführten Stellen verworfen; Savigny Besitz S. 366 ff. (6. Ausg. S. 432).

b. Wenn bei einer unbeweglichen Sache der Stellvertreter, z. B. der Pachter oder Verwalter derselben, sich eigenmächtig den Besitz anmaßen, also den Principal entsetzen will: so muß auch hier zur Änderung seines Willens ein entsprechendes äußeres Faktum hinzukommen, durch welches dem Principal die faktische Herrschaft über das Grundstück wirklich entzogen wird. Dieses Faktum kann aber hier nur darin bestehen, daß er den Principal von der Sache ausschließt, z. B. dem Principal oder Demjenigen, an den dieser die Sache veräußerte und der sie nun auf Geheiß des Principals in Besitz nehmen will, den Eintritt in das Grundstück in jener Absicht verweigert. In einem solchen Falle gilt aber dann der Principal als videiectus; er kann also den Stellvertreter

mit dem interdictum unde vi belangen; D. de vi 43, 16 l. 12 l. 18 pr., J. H. Böhmer Exercitationes ad Pand. Tom. II exerc. 23 cap. 1 § 17. Da aber der Stellvertreter durch ein solches Verhalten aufhört Stellvertreter zu sein, jedoch der Principal durch die Willensänderung des Stellvertreters den Besitz nicht eher verliert, als bis er oder die von ihm zur Ausübung seines Besitzes beauftragte Person durch Gewalt und Eigenmacht des Stellvertreters von der Ausübung des Besitzes ausgeschlossen wird: so muß der Principal in einem solchen Falle das Recht haben, seinen Besitz gegen diese Gewalt und Eigenmacht sich zu erhalten, also Selbsthilfe zu üben, und dann gilt, wenn er Dieses thut, sein Besitz als gar nicht verloren; nur muß es in continenti, gleich nachdem er von der Untreue des Stellvertreters Kunde bekommen hat, geschehen. Denn thut er es nicht sofort: so ist sein Besitz an den Stellvertreter verloren; er würde sich daher, wenn er es erst später (ex intervallo, postea) thut, einer unerlaubten Gewaltthätigkeit schuldig machen und der Stellvertreter hätte dann gegen ihn das interdictum de vi; D. l. 18 pr. cit. (besonders das an dieser Stelle dreimal vorkommende »postea«, im Gegensatze zu dem »illico« in l. 17 eod.).

7) Mit dem eben ausgeführten Falle darf man aber den nicht verwechseln, wenn der Stellvertreter zwar Stellvertreter bleiben will, also das Grundstück sich nicht aneignet, aber es auf Verlangen des Principals deßhalb nicht herausgiebt, weil er es vorerst noch länger in seiner Detention behalten will, indem er behauptet, ein Recht zur Vorenthaltung der Sache zu haben, z. B. wenn der Pachter behauptet, die Pachtzeit sei noch nicht abgelaufen oder er habe wegen Aufwandes, den er auf die Sache gemacht, ein Retentionsrecht an der Sache auszuüben. In diesem Falle geht natürlich dem Principal der Besitz nicht verloren, D. de possess. 41, 2 l. 20. Aber der Principal hat in einem solchen Falle bei Grunstücken nicht das Recht, dem Stellvertreter eigenmächtig die Detention zu entziehen, z. B. dadurch, daß er bei einer zufälligen Abwesenheit des Stellvertreters in das Grundstück geht und den Rückkehrenden nicht mehr hereinläßt oder gar ihn mit Gewalt aus demselben vertreibt: es wäre dies eine ungerechtfertigte, also unerlaubte Selbsthilfe.

Die petitorischen und possessorischen Rechtsmittel.

§ 128.

Bei Sachen sind die Rechtsklagen und die bloßen Besitzklagen wohl zu unterscheiden.

I. Macht man ein dingliches Recht an einer Sache durch eine Klage geltend, so ist die Klage eine Rechts- oder petitorische Klage[1]; der Proceß darüber heißt petitorium. Der Kläger dringt natürlich mit einer solchen Klage nur durch, wenn er sein dingliches Recht beweisen kann[2].

Der Zweck einer solchen petitorischen Klage kann auch darauf gehen, den Besitz der Sache zu bekommen, z. B. wenn ein Dritter

---

[1] Z. B. rei vindicatio, confessoria und negatoria actio, hypothecaria actio.

[2] Vgl. § 101 Nr. II, III (Th. I S. 519).

meine Sache besitzt und mir vorenthält und ich ihn mit der rei vindicatio belange: so ist mein Zweck, die Sache von ihm heraus zu bekommen, sie also in meinen Besitz zu bekommen. Allein hier ist die Klage doch eine petitorische, nicht eine possessorische, weil ich durch sie zunächst die Anerkennung eines Rechts an der Sache verlange und nur auf Grund dieses Rechts die Herausgabe der Sache anspreche[3]. Ich muß also, um zu siegen, mein Recht, mein Eigenthum an der Sache beweisen.

II. Ganz verschieden von diesen petitorischen Klagen sind die Besitz- oder possessorischen Klagen. Es würde sehr fatal sein, wenn man bei Verhältnissen zu einer Sache stets auf petitorische Rechtsmittel beschränkt wäre. Könnte ich z. B. von Dem, der mir den Besitz einer Sache mit Gewalt entzieht, bloß mit der rei vindicatio Wiedereinräumung des Besitzes verlangen: so müßte ich abgewiesen werden, wenn ich nicht den Beweis meines Eigenthums führen könnte, während mein Gegner doch auf eine ganz unrechtmäßige Weise mir den Besitz der Sache entzogen hat. Aus diesem Grunde sind zum Schutz des Besitzes die possessorischen Rechtsmittel[4] für gewisse Fälle eingeführt. Diese unterscheiden sich von den petitorischen wesentlich dadurch, daß bei ihnen der Kläger seine Anforderung nicht auf ein Recht an der Sache stützt, also, um durchzubringen, nicht ein Recht an der Sache nachzuweisen hat, sondern er lediglich wegen seines gehabten Besitzes (und wegen der vom Beklagten geübten Eigenmacht) Schutz gegen den Gegner ansprechen kann[5]. Diese possessorischen Rechtsmittel haben aber nur den Zweck, die Besitzfrage zu entscheiden, nicht die Rechtsfrage. Der Proceß heißt hier possessorium.

Demjenigen, der in dem Besitzstreit unterliegt, ist es unbenommen, später mit einer Rechtsklage, z. B. der rei vindicatio den Besitzer zu belangen, in welchem Falle er aber nur durchdringt, wenn er sein Recht an der Sache beweisen kann[6].

Solche Besitzrechtsmittel hat:

1) der gegenwärtige Besitzer, wenn ihm ein Anderer den

[3] Vgl. oben § 118.

[4] S. Arndts § 171—173.

[5] Über ihre Bezeichnung durch Interdikte s. oben § 100 Nr. III (Th. I S. 513).

[6] S. oben § 122 Nr. II 3.

Beſitz beſtreitet, oder ſich ſelbſt den Beſitz anmaßen will, oder ihn ſonſt im Beſitz ſtört, turbirt[7]. Der Beſitzer hat nämlich in dieſen Fällen eine perſönliche Klage gegen den Störer, das interdictum retinendae possessionis, um ſich im ungeſtörten Beſitz zu erhalten, das bei Grundſtücken das uti possidetis heißt, bei beweglichen Sachen das interdictum utrubi. Dieſe zwei Interdikte unterſchieden ſich im früheren römiſchen Recht durch ſehr verſchiedene Grundſätze, im ſpäteren (römiſchen Recht) aber wurden die Grundſätze des interdictum uti possidetis auch ganz erſtreckt auf das interdictum utrubi, ſo daß nun bei beiden ganz das Gleiche gilt und zwiſchen ihnen nur ein Namensunterſchied iſt. Es giebt alſo eigentlich nur Ein interdictum retinendae possessionis[8].

Der Kläger bringt mit dieſen Interdikten durch, ſobald er nur beweiſt, daß er die Sache im Beſitz habe und der Beklagte ihm den Beſitz beſtreite und ihn im Beſitz ſtöre. Wenn jedoch der Beklagte eine der zuläſſigen[9] Exceptionen beweiſen kann, ſo wird der Kläger abgewieſen.

Dabei iſt das Interdikt eine actio duplex[10], d. h. wenn der Kläger ſeinen Beſitz nicht beweiſen kann, aber der Beklagte beweiſt, daß er Beſitzer der Sache ſei, ſo wird nun dem Beklagten der Beſitz zugeſprochen[11].

2) Der geweſene Beſitzer hat

a. nach römiſchem Recht, wenn er durch abſolute Gewalt[12] aus dem Beſitz der Sache durch einen Anderen geſetzt wird, gegen Den, der ihn entſetzte, und gegen deſſen Erben eine perſönliche Klage, ein interdictum recuperandae possessionis, das interdictum unde vi (oder de vi). Durch dieſes kann er, lediglich weil er Beſitzer war und vom Gegner oder deſſen Erblaſſer entſetzt wurde, Wiederherſtellung des Beſitzes und Schadenerſatz verlangen, alſo auch Erſatz des Werths der Sache, wenn der Beklagte ſie nicht mehr hat (wenn das Abhandenkommen ohne die Dejektion nicht eingetreten wäre). Der Kläger hat alſo, um zu ſiegen, bloß zu beweiſen, daß er

---

[7] Vgl. Beil. Lit. A Nr. 1.
[8] Beil. Lit. A im Eingang.
[9] Beil. Lit. A Nr. 4 b u. c.
[10] Vgl. § 99 Nr. II (Th. I S. 505).
[11] S. Beil. Lit. A.
[12] S. oben § 71 (Th. I S. 348).

durch den Gegner oder deſſen Erblaſſer aus dem Beſitz mit Gewalt entſetzt worden ſei[13]. Beſtritten iſt aber, ob dieſes Interdikt nach römiſchem Recht bloß bei den Immobilien galt, oder auch bei Mobilien[14].

b. Durch das kanoniſche Recht wurde dieſes Interdikt weſentlich erweitert, nämlich das Interdikt gegeben:

α. auch bei Mobilien, wenn dem Beſitzer der Beſitz entzogen wird;

β. ferner nicht bloß bei einer durch abſolute Gewalt erlittenen Dejektion, ſondern bei jeder Beſitzentziehung durch Eigenmacht, spolium, alſo auch bei Diebſtahl, Unterſchlagung[15], bei Erpreſſung der Sache, und

γ. nicht bloß gegen den Thäter ſelbſt und ſeine Erben, ſondern auch gegen Jeden, der ſpäter die Sache in Beſitz bekommt und dabei wußte, daß ſie dem früheren Beſitzer eigenmächtig entzogen worden war.

In dieſer Erweiterung heißt das Rechtsmittel remedium spolii[16].

3) Über das ſog. summarium oder summariissimum ſ. die Beilage Lit. B.

Nach dem Ausgeführten giebt das römiſche Recht dem Beſitzer als ſolchem durch poſſeſſoriſche Rechtsmittel nur Schutz, theils ſo lange er im Beſitz iſt (Nr. 1), theils wenn er aus dem Beſitz durch abſolute Gewalt entſetzt worden iſt (Nr. 2a; gegen den Dejicienten und ſeine Erben); das kanoniſche Recht erſtreckt Letzteres auch auf den Fall, wenn der Beſitzer durch irgend eine Eigenmacht des Beſitzes entſetzt wurde (und auch gegen den Dritten, welcher vom spolium wußte).

Aber wie iſt es, wenn der Beſitzer auf andere Weiſe wider ſeinen Willen den Beſitz verliert, z. B. wenn er die bewegliche Sache, die er beſitzt, verloren hat, ſie von ſeinem Grundſtück weggeſchwemmt worden, ſein Thier ihm davon gelaufen iſt u. dergl. und die Sache nun in die Hände eines Dritten kommt? In dieſen Fällen hat

---

[13] Beil. Lit. C Nr. I.
[14] S. Beil. Lit. C Nr. I 1.
[15] Auch dieſe iſt eine Beſitzentziehung.
[16] S. die Beil. Lit. C Nr. II.

er (nach gemeinem Recht) gegen den jetzigen Beſitzer keine poſſeſſoriſche Klage. Doch ſind in manchen dieſer Fälle bei beweglichen Sachen andere perſönliche Klagen gegeben, die im Weſentlichen den Dienſt eines poſſeſſoriſchen Interdikts leiſten [17]. Nur ſind dieſe Klagen bloß beſchränkt zuläſſig; denn die maßloſe Erweiterung, die ihnen Manche geben wollen, iſt offenbar unbegründet [18].

4) Endlich giebt es noch ein Rechtsmittel auf Wiedererlangung des Beſitzes, das man zu den petitoriſchen zählt, weil es bei ſeiner Einführung auf eine Fiktion des Eigenthums geſtützt wurde, das aber in ſo fern zu den durch einen gehabten Beſitz begründeten gehört, als es zwar nicht jedem geweſenen Beſitzer, aber doch jedem geweſenen Uſukapionsbeſitzer zuſteht, und zwar lediglich, weil er Uſukapionsbeſitzer war, gegen einen ſolchen dritten Beſitzer der Sache, welcher ſie nicht auch im Uſukapionsbeſitz, ſondern in einem ſchlechtern hat [19].

III. Mit den eigentlichen poſſeſſoriſchen Rechtsmitteln (Nr. II 1, 2) darf man nicht verwechſeln eine Klaſſe von Rechtsmitteln, die man zwar auch poſſeſſoriſche nennt, aber in einem ganz anderen Sinne. Sie gehen zwar nicht lediglich auf Entſcheidung der Beſitzfrage, aber ſie ſind gar nicht Wirkungen eines Beſitzes, den man hat oder hatte, und dienen nicht zum Schutz im Beſitz oder zur Wiedererlangung eines verlorenen Beſitzes. Es ſind dies die remedia adipiscendae possessionis, d. h. perſönliche Klagen, durch die man aus beſonderen Gründen von Jemandem den Beſitz einer Sache vorläufig verlangen kann, den man bisher noch gar nicht hatte [20].

In Beziehung auf alle dieſe Rechtsmittel iſt wohl zu beachten, daß ihre Bezeichnung durch interdicta ſich nur auf die Art des proceſſualiſchen Verfahrens im früheren römiſchen Recht bezieht; d. h. im ältern römiſchen Recht galt bei ihnen der eigentliche Interdiktsproceß [21]. Nachdem aber die Eigenthümlichkeiten dieſes Proceſſes im ſpäteren römiſchen Recht ganz abgekommen waren, ſind ſie nun auch in proceſſualiſcher Hinſicht von anderen perſönlichen Klagen nicht

[17] S. das Obligationenrecht. Vgl. die Beil. Lit. F.
[18] S. die Beil. Lit. D, E.
[19] S. unten § 144.
[20] Arndts § 379, 535, 561.
[21] S. oben § 100 Nr. III (Th. I S. 513).

mehr verschieden, so daß sie eben so gut durch actiones, wie durch interdicta bezeichnet werden [22].

Beilage.

Interdikte zum Schutz des Besitzes. — Die zum Schutz des Besitzes statt findenden Rechtsmittel (interdicta oder actiones retinendae und recuperandae possessionis) werden in den neueren Systemen gewöhnlich theils im Obligationenrecht bei den Obligationen aus Delikten, theils im Sachenrecht bei dem Eigenthum entwickelt. Allein wenn auch ein Delikt zu einem solchen Interdikt Veranlassung geben kann, wie in manchen Fällen bei den interdicta retinendae possessionis, oder sogar Voraussetzung der possessorischen Klage ist, wie beim interdictum unde vi: so liegt doch der eigentliche Grund dieser Besitzklage darin, daß der Besitzer es ist, welcher als solcher auf Schutz Anspruch machen kann, so lange nicht ein Dritter aus Rechtsgründen ihn mit Erfolg zu bekämpfen im Stande ist. Sie sind also Rechte, die mit dem Besitz an sich verbunden sind (iura possessionis) und gehören somit zum Besitz, nicht ins Obligationenrecht. Will man sie aber beim Eigenthum entwickeln (wie Arndts § 171 f.): so ist wohl zu beachten, daß sie zwar für den Eigenthümer sehr wichtig sind, wenn er in der Lage ist, sich ihrer bedienen zu können, weil sie für ihn meist ein weit einfacherer und sicherer Weg sind, sich gegen Störungen zu schützen oder seine Sache wieder zu bekommen, als der Weg der petitorischen Klagen, der negatoria actio, der rei vindicatio und der Publiciana actio, D. 6, 1 de R. V l. 24, daß sie aber nicht Schutzmittel für das Eigenthum als solches sind, überhaupt durch Eigenthum gar nicht bedingt, vielmehr von demselben völlig unabhängig sind; nicht der Eigenthümer als solcher ist zu ihnen berechtigt, sondern er ist es nur, wenn er Besitzer war oder noch ist, und jeder Besitzer hat ein Recht auf sie, mag er Eigenthümer sein oder nicht; das Eigenthum ist bei ihnen etwas Indifferentes.

A. Interdicta retinendae possessionis. Diese Interdikte heißen (nach den Anfangsworten des prätorischen Befehls) bei beweglichen Sachen interdictum utrubi, bei Liegenschaften interdictum uti possidetis, D. 43, 17 uti possid. l. 1 pr.; 43, 31 utrubi l. un. Zwischen diesen beiden Interdikten bestanden im früheren römischen Recht bedeutende Unterschiede. Denn bei dem interdictum utrubi siegte nicht Der, welcher sich als der gegenwärtige Besitzer auswies, sondern Der, welcher im letzt verflossenen Jahre länger als sein Gegner im Besitz gewesen war; nur durfte sich kein Theil dabei den Besitz einrechnen, den er vi, clam oder precario von seinem Gegner erworben hatte, l. un pr. cit. I. 4, 15 de interd. § 4 Gaius Inst. IV § 150, 152. Das interdictum utrubi hatte somit im Resultate auch die Funktion eines rekuperatorischen Interdiktes, d. h. auch der Nichtbesitzer konnte, wenn er z. B. die bewegliche Sache verlor oder sie ihm durch Diebstahl, Raub ꝛc. entzogen wurde, das Interdikt gegen den Besitzer anstellen und dadurch sie von diesem herausfordern, falls er nur beweisen konnte, daß er im letzten Jahre rückwärts die Sache länger im Besitz gehabt habe, als sein Gegner I. § 4 cit. und besonders Theophilus Paraphr. Inst. IV 15 § 4, Savigny Recht des Besitzes § 39. Bei der Berechnung dieser Besitzzeit konnten die Partieen von einer accessio possessionis Gebrauch machen, d. h. jede Partie konnte sich die zum Interdikt geeignete Besitzzeit ihres Auktors, von dem sie die Sache erhalten hatte, und der Auktoren desselben zu ihrer Besitzzeit hinzurechnen Gaius Inst. IV § 151 (von dieser accessio temporis beim interdictum utrubi sprechen namentlich auch D. 44, 3 de div. temp. praesc. l. 14 § 3; 41, 2 de poss. l. 13 § 1, 4, 5, 7, 13), vgl. auch O. Karlowa Iuris Rom. principia

[22] S. oben § 100 Nr. III a. E. (Th. I S. 514).

de accessionib. possess. Gott. 1858, 4 p. 5 sq. p. 21—35. Allein in den späteren Kaiserzeiten, wohl noch vor Justinian, wurden diese besonderen Grundsätze, welche beim interdictum utrubi galten, beseitigt und auf dieses Interdikt durchaus die Grundsätze des interdictum uti possidetis erstreckt; es gilt daher nun bei beiden Interdikten ganz Dasselbe, so daß wir eigentlich nicht zwei verschiedene interdicta retinendae possessionis, sondern nur eines haben, das bloß einen verschiedenen Namen trägt, je nachdem es wegen beweglicher Sachen oder wegen Liegenschaften angestellt wird; I. 4, 15 de interd. § 4. D. l. un. cit. § 1 (interpolirt).

Der Zweck des Interdikts ist Anerkennung des Besitzes, den man hat, und Schutz in demselben. Wenn man nämlich eine Sache besitzt, so hat man eben deßhalb das Recht, zu verlangen, daß Niemand uns in dem ruhigen Besitz eigenmächtig störe, sondern Jeder unsern Besitz als solchen achte, und wer den Gegenstand ansprechen zu können glaubt, auf dem Rechtswege gegen uns auftrete. Dieses Recht kann man durch das interdictum retinendae possessionis nach folgenden Grundsätzen geltend machen:

1) Man kann als Besitzer das Interdikt anstellen, sobald uns Jemand possessionis controversiam facit, d. h. sich als Besitzer der Sache benehmen will oder sonst uns in unserem Besitze als solchem stört, in denselben eingreift. In dem Besitze als solchem aber gilt man von einem Dritten für gestört:

a. Wenn er sich den Besitz der Sache durch Eigenmacht anmaßen will, z. B. uns aus unserem Grundstücke hinauszuwerfen versuchte: D. 43, 17 h. t. l. 1 § 4.

b. Wenn er uns in der Ausübung unseres Besitzes hindern will und sich Besitzhandlungen gegen unsere Sache erlaubt, ohne sich in den Besitz der Sache selbst zu setzen und uns aus dem Besitze der Sache selbst zu verdrängen, z. B. wenn er uns verhindert, unser Feld zu bestellen, die Früchte einzuheimsen, der Miethsmann uns hindert, unser Haus auszubessern u. dergl., D. h. t. l. 3 § 2, 3, 4; 41, 2 de poss. l. 52 § 1; 8, 5 si serv. vind. l. 8 § 5 a. E.; 10, 3 comm. div. l. 12; 43, 16 de vi l. 11.

c. Wenn er sich in die Ausübung eines Rechtes setzen will, durch welches unser Besitz beschränkt würde, z. B. es schickt Jemand auf unser Grundstück seine Schafe zur Weide in der Absicht, eine servitus pascendi auf demselben auszuüben, oder unser Nachbar will einen Balkon an seinem Hause bauen, welcher in den Luftraum über unserem Grundstück hineinragen und dadurch unseren Besitz beeinträchtigen würde; D. 43, 17 h. t. l. 3 § 9 (vgl. auch l. 3 § 5—7 eod.) 8, 5 si serv. vind. l. 8 § 5 a. E., s. auch oben § 121 Beil. Nr. II 1, 2.

d. In dem Besitz gestört ist man natürlich auch dann, wenn Jemand uns den Besitz einer Sache bestreitet und Besitzer derselben zu sein behauptet, sollte es auch dabei nicht zu Thätlichkeiten kommen, z. B. wenn ich in einem Walde, der zwischen meinem und des Nachbars Gut liegt, Besitzhandlungen ausübte, ebenso auch zu anderer Zeit mein Nachbar, und wir darüber in Streit gerathen, wer denn eigentlich der Besitzer des Waldes sei; D. h. t. l. 1 § 3. Würde ich in einem solchen Falle anerkennen, daß der Nachbar Besitzer sei, oder glauben, der Wald gehöre mir (ins Eigenthum): so müßte ich ihn mit einer petitorischen Klage und zwar mit der rei vindicatio (wenn nicht die Bedingungen der Publiciana actio vorliegen) belangen und könnte nur durchdringen, wenn ich den Beweis meines Eigenthums führe; besser ist es daher in einem solchen Falle, es vorher mit dem interdictum retinendae possessionis zu versuchen, indem bei diesem der Beweis eines Rechts an der Sache nicht erfordert wird (s. unten Nr. 4) und wenn ich mit demselben siege, somit mein gegenwärtiger Besitz anerkannt wird, in der günstigeren Lage des Besitzers bin, d. h. nun der Nachbar mit einer petitorischen Klage gegen mich auftreten und den Beweis seines Rechts an der Sache führen muß.

e. So dient daher das interdictum retinendae possessionis unter Anderem wesentlich auch dazu, die Partie-Rolle bei der Eigenthumsklage festzustellen.

Denn wenn zwischen zwei Partieen ein Streit über das Eigenthum einer Sache entsteht: so ist es eine Vorfrage, welche von ihnen die Sache besitze, indem bei der Eigenthumsklage der Nichtbesitzer als Kläger gegen den Besitzer auftreten muß, und zu diesem Zweck, wenn die Besitzfrage bestritten ist, durch das interdictum retinendae possessionis vorher ins Reine gebracht wird, wer der Besitzer sei und daher bei der rei vindicatio die Rolle des Beklagten habe; D. h. t. l. 1 § 3; 41, 2 de poss. l. 35; I. 4, 15 de interd. § 4. Ob diese Bedeutung des Interdikts der nächste und einzige Grund seiner Einführung war, wie mit Manchen Bangerow Pand. § 336 behauptet, Andere aber wohl mit Recht bestreiten (s. namentlich Savigny Recht des Besitzes 6. Ausg. S. 468 Note 1., Rudorff in Savigny's Zeitschr. Bd. XI S. 334., Schmidt Das Interdiktenverfahren ꝛc. S. 53 f. 186 f.), dies ist eine Frage, die der Rechtsgeschichte angehört; denn das Wesen des Interdikts in die Entscheidung jener den Eigenthumsproceß vorbereitenden Frage zu setzen, dies ist entschieden unrichtig; das Interdikt ist, von Anderem abgesehen, in vielen Fällen zulässig und wichtig, in denen man gar nicht an eine Vorbereitung einer Eigenthumsklage denkt, wie in den vorhin unter a—c angeführten Fällen. Vgl. auch Bruns Recht des Besitzes S. 47 ff., Arndts § 171 Anm. 2. Das Wesen des Interdikts besteht vielmehr darin, daß es Schutz in einem wichtigen faktischen Zustande gewähren und daher uns alle Vortheile erhalten soll, die mit diesem Zustande verbunden sind und zu denen allerdings auch der gehört, bei einem Streite, der etwa über das Recht an der Sache entstehen sollte, in der günstigeren Lage des Besitzers, d. h. des Beklagten zu sein. S. besonders auch D. 43, 17 h. t. l. 1 § 4.

2) Ein Recht zur Klage hat nur Derjenige, welcher wirklich zur Zeit der Einleitung des Processes Besitzer der betreffenden Sache und zwar Besitzer im engeren Sinne (possessor, juristischer Besitzer, nicht bloßer detentor) ist (I. 4, 15 de interd. § 4; D. h. t. l. 1 pr. § 1, 4, 6, 8, 9) und auf eine der angegebenen Weisen im Besitze gestört wurde. Dieses gilt namentlich auch bei beweglichen Sachen, also vom interdictum utrubi, seitdem es im späteren römischen Recht mit dem interdictum uti possidetis ausgeglichen wurde; nur Dem, welcher possessionem habet, kommt es zu; D. 43, 31 utrubi l. un. § 1; I. l. c. § 4 a. E.

3) Die Klage geht gegen den Störer auf Anerkennung des Besitzes, Ablassung von der Störung, wobei nach Umständen, wie überhaupt bei einem Erkenntnisse auf Unterlassungen, ein Strafbefehl erlassen oder eine cautio de non amplius turbando verlangt werden kann, J. R. A. von 1654 § 162, und auf Ersatz des durch die Störung etwa zugefügten Schadens. Das Letztere, daß die Klage auch auf Schadenersatz gehe, wird von Neueren bestritten, namentlich auch von Bangerow § 336 Nr. II 4, allein im Widerspruche mit unseren Quellen und der Natur der Sache. Nur muß man hier das ältere römische Recht von dem späteren unterscheiden. Im älteren römischen Recht konnte von einem Anspruche auf Ersatz für einen Schaden, welcher durch eine Störung erzeugt wurde, die vor dem Interdikte vorfiel, nicht die Rede sein; denn das Interdikt war ein bloßes prohibitorisches, und dies hieß so viel: der Gestörte mußte sich zunächst an den magistratus wenden, damit dieser ein Interdikt erlasse, d. h. ein Gebot an die Partieen, daß diejenige von ihnen, welche die Sache besitze, von der anderen nicht gestört werde, und dadurch erst wurde zwischen den Partieen gleichsam die Obligation, nicht zu stören, begründet (s. oben § 100 Nr. III); fiel nun nach Erlassung jenes Interdikts doch eine Störung oder eine Bestreitung des Besitzes vor: so hatte jetzt erst der turbirte Besitzer eine actio in Folge des früher erlassenen Interdikts, und diese ging unter Anderem zwar auch auf Ersatz des zugefügten Schadens, aber natürlich bloß des nach Erlassung des Interdikts zugefügten l. 3 § 4, 9 h. t., auch 43, 1 de interd. l. 3; Keller in Savigny's Zeitschrift Bd. XI S. 305—312, Bruns Recht des Besitzes S. 41 f., K. A. Schmidt Das Interdiktenverfahren, 1853 S. 60 ff. 248 ff. 253 ff. Als aber die Erlassung eines solchen Interdikts im späteren Recht wegfiel, trat nun gleichsam das im Gesetz enthaltene Verbot der Turbation

an die Stelle des früher vom magistratus erlassenen Interdikts, so daß nun schon nach dem Gesetze ohne Weiteres Jeder verbunden ist, eine unbefugte Bestreitung oder Verkümmerung des Besitzes eines Andern zu unterlassen, und daher, wenn er gegen diese Vorschrift handelt, die Interdiktsklage auf Schadenersatz sofort gerade so gegen ihn begründet ist, wie nach dem früheren Rechte sie begründet war, wenn nach Erlassung des Interdikts eine Störung vorfiel. In diesem Sinne müssen wir daher nun die Pandektenstellen auffassen, welche ganz entschieden von einem Recht auf vollen Schadenersatz sprechen, wie D. h. t. l. 1 pr. l. 3 § 11, vgl. auch Rudorff in Savigny's Zeitschrift Bd. XI S. 360; Schmidt a. a. O. S. 50 ff.

4) Der Kläger hat, um mit der Klage durchzudringen, bloß zu beweisen, daß er Besitzer der Sache sei und die behauptete Turbation erlitten habe; denn dies ist das einzige Fundament seiner Klage (s. Nr. 2). Beruft sich daher der Beklagte etwa auf ein Recht, das ihm an der Sache zukomme: so wird er damit in diesem Processe nicht gehört (er würde sein Recht in einem besonderen Processe mit einer petitorischen Klage anzubringen und durchzuführen haben). Eben so wenig ist (mit Ausnahme der nachher unter c angeführten Fälle) der Einwand zulässig, daß der Kläger nicht iusto titulo besitze oder daß er, der Beklagte, früher vor dem Kläger die Sache besessen habe. Denn es soll ja lediglich der gegenwärtige Besitzer als solcher geschützt werden und es kann daher hier auf Titel oder Alter des Besitzes nicht ankommen, außer so weit diese Momente benutzt werden können zur Unterstützung des Beweises des gegenwärtigen Besitzes; bloß das Letztere sagt cap. 9 X 2, 19 de probatt., eine Stelle, welche früher und selbst mitunter auch noch in unserer Zeit ganz falsch gedeutet wurde; vgl. unten Lit. E und Savigny Besitz S. 644 f.; Bruns Besitz S. 182 f. und im Jahrbuch für deutsches Recht Bd. IV S. 106. — Der Beklagte kann sich gegen die Klage nur dadurch vertheidigen, a. daß er das Fundament der Klage, den Besitz des Klägers oder die verübte Turbation leugnet, in welchem Falle dann eben der Kläger dieses Fundament beweisen muß; — b. daß er die Einrede der Verjährung vorschützt und beweist; denn das Interdikt verjährt von der vorgefallenen Turbation an in einem Jahre, welches aber utiliter berechnet wird (annus utilis) D. h. t. l. 1 pr.; Bangerow § 336 Nr. 6; Puchta Pandekten § 133; Seuffert Archiv für Entscheidungen VII Nr. 270; — c. daß er die exceptio vitiosae possessionis anführt und beweist. Der Kläger ist nämlich, sollte auch die Klage an sich begründet sein, abzuweisen, wenn der Beklagte nachweisen kann, daß er die Sache früher besessen habe und der Kläger von ihm die Sache besitze und zwar in Folge einer eigenmächtigen Entziehung, vi, d. h. hier entweder geradezu durch Gewalt oder wenigstens durch eigenmächtiges offenes Handeln gegen seinen Widerspruch, oder in Folge einer heimlichen Entziehung, clam, d. h. durch eine eigenmächtige, aber weil er Widerspruch besorgte, heimlich gegen ihn vorgenommene Handlung, z. B. durch Entwendung der Mobilie, über welche gestritten wurde, oder precario, d. h. zwar in Folge einer von ihm freiwillig geschehenen Übergabe der Sache, aber mit dem Vorbehalt willkürlichen Widerrufes; D. h. t. l. 1 pr. § 5, 9; I. h. t. § 4 a. E. Es gilt also hier vermöge der Zulassung dieser Einreden das Auffallende, daß in solchen Fällen der Besitzer gegen Versuche der Selbsthilfe privatrechtlich nicht geschützt wird, z. B. wenn sein Gegner mehrmals ihn mit Gewalt zu entsetzen versuchte, und er nun gegen ihn mit dem Interdikt klagt: so ist er abzuweisen, wenn der Beklagte beweist, daß der Kläger von ihm vitiose besitze, z. B. ihm früher durch Gewalt die Sache entzogen habe; der Beklagte siegt also und kann bei diesem Interdikte nicht wegen Handlungen verurtheilt werden, welche in Versuchen einer unstatthaften Selbsthilfe bestehen. — Wohl zu beachten ist aber hierbei, daß die exceptio vitiosae possessionis nur zulässig ist, wenn der Kläger vom Beklagten vitiose besitzt, daß also das Gesagte dann nicht gilt, wenn zwar der Besitz des Klägers eine possessio vitiosa ist, er aber nicht vom Beklagten, sondern von einem Dritten die Sache vi, clam oder

precario besitzt (D. h. t. l. 1 § 9 l. 2), und daß von der exceptio vitiosae possessionis nicht mehr Gebrauch gemacht werden kann, wenn von der vi oder clam geschehenen Besitzentziehung an schon ein annus utilis vor Anstellung der Klage abgelaufen war (Lit. b).

5) Das Interdikt ist eine actio duplex, d. h. es kann bei ihm der Fall sein, daß jede Partie, auch der Kläger, verurtheilt werden und gleich gut als Kläger oder Beklagter auftreten kann; l. h. t. § 7 a. E., D. h. t. l. 3 § 1. Welche Bedeutung dies habe, darüber sind die Ansichten sehr verschieden. — a. Jedenfalls bezieht sich die Duplicität des Interdikts auf die Fälle, in welchen beide Partieen behaupten, gegenwärtig Besitzer zu sein (die Fälle unter Nr. 1 c, d, e). Beweist hier der Beklagte seinen Besitz: so ist er durch das Urtheil als Besitzer anzuerkennen und der Kläger abzuweisen. Darüber ist kein Streit. Aber es fragt sich, ob die Bedeutung der Duplicität nicht noch weiter gehe. Dieses wird von Vielen bejaht, theils in einer sehr weit gehenden Weise, durch welche das Interdikt aufhören würde, ein bloßes interdictum retinendae possessionis zu sein, theils in einer beschränkteren Ausdehnung. Es soll nämlich b. was das Letztere betrifft, nach Savigny Besitz § 37 S. 481 f., welchem hierin sehr Viele beitreten, die Duplicität des Interdikts sich auch auf den Fall beziehen, wenn der Kläger zwar seinen Besitz beweise, der beklagte Nicht besitzer aber die exceptio vitiosae possessionis vorschütze und nachweise. In diesem Falle sei der Kläger nicht bloß abzuweisen, sondern in die Herausgabe des Besitzes an den Beklagten zu verurtheilen. c. Noch weiter gingen schon viele italiänische Juristen des Mittelalters und nach ihnen viele Spätere (s. z. B. die bei Lauterbach Coll. Pand. Bd. XLIII, 17 § 6 Angeführten) und jetzt besonders viele Neuere, namentlich Bangerow § 336 Nr. I, 4, Puchta Institutionen § 225, Keller a. a. O., Arndts Pandekten § 171, 172, indem sie aus der Duplicität des Interdikts folgern, daß stets jeder Theil als Kläger und Beklagter behandelt werden und daher auch der Nichtbesitzer mit dem interdictum retinendae possessionis gegen den Besitzer auftreten und mit Erfolg klagen könne, sobald er nur beweise, daß dieser von ihm vitiose besitze. — Allein gegen diese unter b. und c. angeführten Ansichten streiten gewichtige Bedenken. Das Moment der Duplicität kann doch nur so viel heißen: jeder Theil gilt bei diesem Interdikt gleichmäßig als Kläger und Beklagter für den Fall, daß dieses nach der Lage der Sache an sich möglich ist, d. h. daß in jeder Partie nach ihren Behauptungen wirklich auch gleichmäßig die Erfordernisse des Klägers und des Beklagten vorhanden sind (wie dies bei anderen actiones duplices, z. B. bei den Theilungsklagen der Fall ist); aber es kann doch nicht heißen, eine Partie soll bei diesem Interdikt sogar auch dann als Kläger gelten und behandelt werden, wenn selbst nach ihrem eigenen Anführen die Erfordernisse eines Klägers gar nicht bei ihr vorhanden sind. Nun ist aber nach den Quellen nicht in Abrede zu ziehen, daß Kläger bei dem interdictum retinendae possessionis an sich nur sein kann, wer zur Zeit der Einleitung des Processes den Gegenstand besaß (Nr. 2); hiernach fehlen bei einem Nichtbesitzer die Erfordernisse eines Klägers völlig. Wenden wir dies zunächst auf die unter b. angeführte Ansicht an: so muß ihre Richtigkeit mehr als zweifelhaft erscheinen, weil dem Beklagten, gegen welchen bewiesen ist oder welcher zugesteht, daß er nicht besitze, und zur Abwendung der Klage auf die possessio vitiosa seines Gegners sich beruft, die Requisite, welche ein Kläger bei diesem Interdikt haben muß, fehlen, ihm also der klagende Gegner nicht zur Herausgabe der Sache in diesem Rechtsstreit verurtheilt werden kann; man wird somit das non debet vincere in l. 1 § 9 h. t. nur in dem Sinne nehmen dürfen, daß in einem solchen Falle der Kläger abgewiesen werde, nicht aber daß dem Beklagten der Besitz zugesprochen werde; vielmehr muß Dieser, wenn er seinen verlorenen Besitz wieder bekommen will, mit einem besonderen Rechtsmittel gegen den abgewiesenen Kläger auftreten, z. B. mit dem interdictum unde vi oder de precario, das er allerdings auch beim Streit über das interdictum retinendae possessionis als Gegenklage anbringen kann, wobei er aber natürlich nur

durchdringt, wenn er die besonderen Erfordernisse dieses Rechtsmittels nachweisen kann. Was aber die unter c. angeführte Ansicht betrifft: so kann aus der Bemerkung der Quellen, daß das Interdikt eine actio duplex sei, doch unmöglich folgen, daß es theilweise eine völlig andere Natur haben soll, als die von den Quellen ihm beigelegte ist, d. h. daß das Interdikt, von welchem die Quellen sagen, es sei lediglich ein interdictum retinendae possessionis und nur der gegenwärtige Besitzer könne von ihm Gebrauch machen (Nr. 2), auch von einem Nichtbesitzer zur Wiedererlangung eines verlorenen Besitzes, somit als interdictum recuperandae possessionis gebraucht werden könne. Man kann daher jene Ansicht keinesfalls auf die Duplicität des Interdikts, sondern müßte sie auf einen andern Grund stützen, wie dies schon manche Postglossatoren thaten und nun auch Bruns Besitz S. 47—62 thut, indem sie davon ausgehen, daß beim interdictum uti possidetis vermöge einer Fiktion „der fehlerhaft verlorene Besitz wie fortdauernd behandelt werde", und allerdings deutet einen solchen Grund die l. 3 pr. h. t. an. Es war nämlich unter den römischen Juristen darüber Streit, ob nicht von Mehreren Jeder dieselbe Sache ganz besitzen könne, indem Manche behaupteten, eine und dieselbe Sache könne der Eine iuste ganz besitzen, ein Anderer aber sie ebenfalls, aber iniuste, auch ganz besitzen; z. B. wenn A. dem B. eine Sache stehle: so besitze nun A. die ganze Sache, aber iniuste, B. aber besitze auch noch die ganze Sache, er müsse als ihr iustus possessor gelten; D. 41, 2 de poss. l. 3 § 5; 43, 26 de prec. l. 15 § 4, Savigny Besitz § 11. Allein diese Ansicht wurde, weil sie der Natur des Besitzes widersprach und auf eine Korruption des Besitzbegriffes führen würde, von den meisten römischen Juristen entschieden verworfen, und diese Verwerfung nahm Justinian in seine Rechtsbücher auf; D. de poss. l. 3 § 5, de precar. l. 19 pr. 13, 6 commod. l. 5 § 15. Auf jene Ansicht nun bezieht sich die l. 3 pr. h. t., indem in derselben Ulpian, der sie selbst entschieden verwarf (l. 5 § 15 cit.), von ihr hypothetisch (Savigny Besitz S. 194, Bangerow Pand. § 200 Anm. 2) spricht, d. h. untersucht, was ihre Folge sein würde, wenn sie richtig wäre. Man kann daher auf diese Stelle in keiner Weise jenes Resultat bauen; denn seine Voraussetzung, eine rechtliche Fiktion, daß der fehlerhaft verlorene Besitz noch als fortdauernd gelten soll, wird ja in den angeführten Stellen (l. 3 § 5 l. 5 § 15 cit.) geradezu verworfen; s. nun auch Bruns selbst in dem Jahrbuch des deutschen Rechts Bd. IV S. 44, 45. — Die Duplicität des Interdikts kann daher nach dem römischen Recht nur die Bedeutung haben: wenn beide Partieen behaupten, Besitzer zu sein (oben Nr. 1 c, d, e), also jede Partie gleich gut zur Rolle des Klägers und Beklagten beim interdictum retinendae possessionis befähigt ist: so wird der Theil als Besitzer anerkannt, welcher den Beweis seines gegenwärtigen Besitzes führen kann; kann keine Partie diesen Beweis führen: so bleibt zwischen ihnen das possessorium unentschieden. Lauterbach Koll. Pand. Bd. XLIII, 17 § 6, 11, Schmidt a. a. O. S. 112 f. 183 f. 186 f. 284 f. 297, auch Brinz Pand. I S. 82, Windscheid Pand. § 159. — Bruns will nun (Jahrbuch des deutschen Rechts Bd. IV S. 96) die rekuperatorische Anwendung des Interdikts auf die ältere Praxis stützen. Allein, abgesehen davon, daß Bruns Das, was er für diese Praxis anführt, doch eigentlich in der Hauptsache S. 96, 98 wieder aufgiebt: so läßt sich nicht erweisen, daß selbst die ältere Praxis so entschieden dafür war (man vergleiche nur z. B. Lauterbach l. c.) und noch viel weniger läßt sich dafür eine konstante gemeinrechtliche Praxis aus den letzten hundert Jahren nachweisen; vgl. auch Malblanc Princ. I. § 198 und das Oldenburger Urtheil in Seufferts Archiv Bd. VII Nr. 51, das von Bruns selbst angeführt wird, aber gerade den Nichtbestand einer solchen Praxis beweist.

B. Possessorium summarium. Bei Besitzstreitigkeiten kann nach Umständen eine provisorische Maßregel über Zuweisung des Besitzes nöthig oder wenigstens angemessen sein. Namentlich ist dies der Fall, wenn die Besitzfrage selbst unter den Partieen bestritten und daher über sie im Verfahren des interdictum retinendae possessionis nach dem unter A Ausgeführten zu

entscheiden ist, aber jede Partie Besitzhandlungen ausüben will (z. B. S. 86 Lit. d) und Gefahr ist, daß es zu Thätlichkeiten kommen könnte, oder es, weil sich der Proceß lange hinauszieht, von Interesse ist, daß die Sache vorerst den Händen einer Partie anvertraut wird. Im älteren römischen Recht entsprach diesem Bedürfnis das Institut der fructuum licitatio (Gaius Instit. IV 166 f.), das aber im späteren römischen Recht unterging in Justinians Rechtssammlungen findet sich keine Spur davon). Dagegen bildete sich durch die Doktrin der Postglossatoren ein anderes Institut, durch das jenem Bedürfnisse entsprochen werden sollte und das auch in die deutsche Praxis überging und in Reichsgesetzen (Kammer G. O. von 1555 II, 21 § 3) anerkannt ist; Savigny Besitz § 51 und besonders Bruns Besitz § 33, 44, 45 S. 261 f. 375 f. 397—406, 420. Dasselbe geht dahin:

Es findet nicht bloß in den Fällen der bezeichneten Art statt (in denen der Richter nach seinem Ermessen auch zu einer Sequestration schreiten kann), sondern überhaupt, wenn der Besitzer in seinem Besitze gestört wird und auf vorläufige Regulirung des Besitzstandes anträgt. Hier hat dann der Richter vorerst rasch und zwar bloß nach Wahrscheinlichkeiten den faktischen Zustand zu reguliren und zu sichern; er hat hiernach der Partie, welche bescheinigen, d. h. wahrscheinlich machen kann, daß sie die gegenwärtige Besitzerin der Sache sei (z. B. daß sie in der letzten Zeit Besitzhandlungen gegen die Sache ausübte), den Besitz der Sache, falls nicht der Gegner die exceptio vitiosae possessionis sofort nachweisen kann, vorläufig zuzusprechen (sog. Manutenenz-Dekret), so daß sie während des Streites über das interdictum retinendae possessionis die Sache ausschließlich in den Besitz bekommt. Durch diese vorläufige Maßregel soll aber dem interdictum uti possidetis in keiner Weise präjudicirt werden, d. h. es liegt darin noch nicht eine definitive Entscheidung über die Besitzfrage: diese Frage wird nun erst im interdictum uti possidetis ganz nach den unter A. ausgeführten Grundsätzen verhandelt und nach den hiernach bei diesem Interdikt zu führenden vollständigen Beweisen entschieden, ohne Rücksicht darauf, wem bei jener provisorischen Maßregel vorläufig der Besitz zugesprochen wurde. Wenn es sich daher beim Verfahren über das interdictum uti possidetis herausstellt, daß zur Zeit der Einleitung jener Maßregel nicht Der, welchem provisorisch der Besitz zugesprochen wurde, sondern sein Gegner Besitzer der Sache gewesen: so ist nun Dieser als Besitzer anzuerkennen und ihm von Jenem die Sache herauszugeben, s. auch Bayer Summar. Proc. 7. Ausg. § 65—67. — Dieses Institut einer provisorischen Besitzregulirung bezeichnet man verschieden, namentlich durch possessorium summarium (im Gegensatze davon nennt man dann das Verfahren über das interdictum uti possidetis possessorium ordinarium), noch häufiger durch possessorium summariissimum (indem Manche das Verfahren über das interdictum uti possidetis durch possessorium summarium bezeichnen, weil Besitzstreitigkeiten überhaupt in der Regel in der Form des summarischen Processes verhandelt werden); gewöhnlich wird es auch noch bezeichnet durch Streit über den jüngsten Besitz. Dieser Ausdruck ist aber unpassend, weil ja auch das interdictum uti possidetis ein Streit über den jüngsten Besitz ist; er erklärt sich aber durch eine eigenthümliche Auffassung dieser Rechtsmittel, welche sich bei vielen Praktikern, namentlich auch sächsischen, findet; unten Lit. D.

C. Die interdicta recuperandae possessionis unseres gemeinen Rechts sind folgende:

I. Das römische interdictum unde vi (im späteren römischen Recht auch momenti actio, momentariae possessionis interdictum genannt), ein Rechtsmittel, durch welches ein mit Gewalt seines Besitzes Entsetzter bloß und allein deßhalb, weil er Besitzer war und gewaltsam entsetzt wurde, Wiedereinsetzung in seinen Besitz verlangen kann. Das ältere römische Recht unterschied hier zwei Interdikte, ein interdictum de vi armata und ein interdictum de vi schlechtweg; der Unterschied zwischen beiden wurde aber später aufgehoben (Savigny Besitz § 40, Bangerow Bd. III § 690 Anm. 1), und so

giebt es nur ein Interdikt, unde vi, bei welchem nach römischen Recht folgende Grundsätze gelten:

1) Die Erfordernisse des Interdikts sind folgende: a. Nach dem älteren römischen Recht fand das Interdikt nur statt, wenn es sich um den Besitz einer unbeweglichen Sache handelte D. 43, 16 de vi l. 1 § 3—8 l. 3 § 15. In Folge späterer kaiserlicher Konstitutionen über Selbsthilfe aber scheint das Interdikt auch bei beweglichen Sachen gegeben worden zu sein C. 8, 4 unde vi cst. 7 und besonders Savigny Besitz S. 522—535. Das Letztere ist jedoch sehr bestritten, indem die Meisten glauben, daß auch nach dem späteren römischen Recht das Interdikt bei Mobilien ausgeschlossen gewesen sei; so z. B. Thibaut im Archiv für civilistische Praxis Bd. I S. 105 f. der aber das Hauptmoment der Frage nicht richtig auffaßte, s. Savigny a. O. S. 530 f.) Vangerow § 690 Anm. 2, Puchta Pandekten § 135, Bruns Besitz S. 74 f., durch deren Ausführungen jedoch die Gründe Savigny's nicht beseitigt sein dürften. Jedenfalls findet nach kanonischem Recht, wie auch die Praxis annimmt, das Interdikt auch bei Mobilien statt (Nr. II), und auch schon nach römischem Recht geben Viele von Denen, die hier nach römischem Recht das interdictum de vi leugnen, doch ein possessorisches Rechtsmittel gegen den Entsetzer bei Mobilien, nämlich das interdictum utrubi vermöge der rekuperatorischen Natur, die sie ihm mit Unrecht auch im neuesten römischen Recht zuschreiben (so z. B. Vangerow, Puchta, Bruns vergl. S 89 f.), Andere, namentlich Ältere, und unter den Neueren besonders Brinz Pandekten I S. 86 nach dem späteren römischen Recht eine possessorische momenti actio. — Von selbst versteht es sich aber, daß der Schadenersatz, den man mit dem Interdikt bei der Entsetzung aus einem Grundstück verlangen kann s. unten Nr. 3), auch auf den Betrag Dessen geht, was dabei an Mobilien verdorben, zerstört oder weggenommen wurde; D. 43, 16 h. t. l. 1 § 32, 33. — b. Das Interdikt dient bloß zum Schutz des eigentlichen, juristischen Besitzers (possessor im eigentlichen Sinne) und dessen Universalnachfolgers (denn auch dem Letzteren steht es zu, wenn sein Erblasser Besitzer war) D. h. t. l. 1 § 3, 23, 44 l. 8. Dem bloßen detentor als solchem kommt es nicht zu; wird z. B. der Pachter oder Miethsmann aus dem Grundstücke entsetzt: so hat er sich an Den zu wenden, für den er detinirt und welcher der possessor der Sache ist, an den Verpachter oder Vermiether, der durch jene Entsetzung auch aus seiner possessio entsetzt wurde, und Dieser kann dann von dem Interdikt Gebrauch machen und dadurch seinem detentor die Sache wieder verschaffen; D. h. t. l. 1 § 22 l. 20. Nicht entgegen steht D. h. t. l. 1 § 9, eine Stelle, auf welche Viele mit Unrecht die Behauptung gründen wollten, daß auch dem detentor das Interdikt zustehe; denn naturalis possessio in dieser Stelle kann schon deßhalb nicht die bloße detentio bezeichnen, weil die Stelle sonst in Widerspruch mit den anderen angeführten Stellen kommen würde; sie ist daher von solchen Fällen der eigentlichen possessio (des juristischen Besitzes) zu verstehen, welche im römischen Recht auch durch naturalis possessio (im Gegensatze zur civilis possessio) bezeichnet werden, worauf auch der § 10 eod. hindeutet, welcher es auf einen Besitzer ohne iustus titulus (die von ihrem Manne beschenkte Ehefrau) anwendet (§ 123 Beil.). Auch steht nicht entgegen, daß nach C. 8, 5 si per vim cst. 1 der detentor das Interdikt anstellen kann, wenn er in der Abwesenheit Dessen, für den er detinirt, entsetzt wird; denn Dies kann er bloß als mandatarius praesumtus des Abwesenden in dessen Namen thun. Savigny Besitz § 40. — c. Das Interdikt ist bloß zulässig, wenn der Kläger (oder sein Erblasser) durch direkte persönliche Gewalt aus dem Besitze entsetzt wurde (vi corporali deiectus), d. h. durch unmittelbare Anwendung körperlicher Gewalt oder in Folge wörtlichen oder faktischen Bedrohens mit sofortiger Anwendung solcher Gewalt; D. h. t. l. 1 pr. § 1—3 § 28. 29, Savigny Besitz S. 515 ff. Natürlich gehört hierher auch der Fall, wenn bei Grundstücken ein Dritter in Abwesenheit des Besitzers die Sache occupirt und den rückkehrenden Besitzer durch Gewalt abhält oder dieser sich nicht getraut, ihn wieder hinauszuwerfen, indem in diesem Falle der Besitz einem durch persönliche Gewalt ver-

lorenen gleich steht; § 125 Beil. Nr. I, 2 β. Allein nicht zulässig ist das Interdikt, wenn der Besitzer die Sache in Folge eines erzwungenen Geschäfts dem Drohenden übergab, also der Besitzverlust nicht direkt durch Gewalt, sondern durch eine mittelst Drohungen bewirkte selbstthätige Mitwirkung des Besitzers vermittelt wurde D. h. t. l. 5 (indessen kann sich hier der Gezwungene auf eine andere einfache Weise, mit der actio quod metus causa helfen; D. 4, 2 quod met. c. l. 9 pr. a. E.). Ebenso findet das Interdikt nicht statt, wenn man den Besitz einer Sache auf andere Weise verloren hatte und nun erst der jetzige Besitzer sie, wenn auch unbefugt, occupirte; D. h. t. l. 7. Denn — d. was das Erfordernis des Interdikts in Beziehung auf den Beklagten betrifft: so geht es bloß gegen den Dejicienten, d. h. nur gegen Den, der sich der gewaltsamen Besitzentziehung schuldig machte, sei es, daß er sie selbst oder durch Andere bewirkte oder die von Anderen für ihn geschehene Dejektion genehmigte und mag er noch im Besitze sein oder nicht (s. unten Nr. 3) D. h. t. l. 1 § 11—18 l. 3 § 10—12; 43, 17 uti poss. l. 3 § 10. Gegen den Erben des Dejicienten geht es nach römischem Recht nur in so weit, als die Erbschaft durch die Dejektion bereichert wurde (D. h. t. l. 1 § 48 l. 2), bei uns aber (nach der usuellen Interpretation der Bestimmungen des kanonischen Rechts über Vererbung von Deliktobligationen, welche hier von Manchen ganz übersehen wird, z. B. von Seuffert Pandekten § 414 bei Note 19) so weit überhaupt die Erbschaft reicht. Gegen den Singularsuccessor des Dejicienten aber, z. B. gegen Den, welcher vom Dejicienten die Sache durch Tradition in Folge eines Kaufs, Tausches ꝛc. erhielt, geht nach römischem Recht das Interdikt nicht; D. 43, 17 uti poss. l. 3 § 10. Vergl. unten Nr. II, 1.

2) Aus den angeführten Erfordernissen ergiebt sich, daß der Kläger, um mit dem Interdikt durchzudringen, bloß zu beweisen hat, daß er (oder sein Erblasser) juristischer Besitzer der Sache war und daß der Beklagte oder dessen Erblasser in der angegebenen Weise ihn aus dem Besitze entsetzt habe. Der Einrede, daß der Kläger die Sache vi, clam oder precario von ihm besessen gehabt habe, darf sich bei diesem Interdikte der Beklagte nicht bedienen. Zwar war sie im älteren römischen Recht zulässig, nur nicht bei vis armata; allein im späteren Recht wurde Das, was in dieser Hinsicht von vis armata galt, auf jede Gewalt erstreckt (ob erst von Justinian oder noch vor ihm, ist bestritten), also die Einrede durchaus für unzulässig erklärt; I. 4, 15 de intent. § 6, Savigny Besitz S. 540 f., Bangerow § 690 Anm. 1 Nr. 2. Wenn daher A. den B. aus dem Besitz einer Sache entsetzt und B. später, statt das Interdikt anzustellen, den A. wieder entsetzt und nun A. gegen ihn das Interdikt anstellt: so kann B. die Klage durch Berufung auf die zuerst erlittene Entsetzung nicht abweisen, sondern ist zu verurtheilen. Nur darf man nicht mit diesem Falle den Fall verwechseln, wenn der Beklagte besaß, der Kläger ihn dejicirte, der Beklagte aber ihn sofort wieder entsetzt, und der Kläger nun gegen ihn mit dem interdictum unde vi auftritt; denn hier ist der Kläger zu dem Interdikt gar nicht befugt, da der Beklagte berechtigt war, den Dejicienten sofort wieder hinauszuwerfen, und dadurch sich bloß in seinem Besitz durch eine ganz zulässige Selbsthilfe gegen unmittelbare Gewalt schützte. § 125 Beil. Nr. I 2, c.

3) Das Interdikt geht auf Wiederherstellung des verlorenen Besitzes und auf vollen Schadenersatz, also auf Ersatz der entzogenen Früchte von der Zeit der Dejektion an und jedes sonstigen durch die Dejektion zugefügten Schadens (z. B. auch wenn sie Veranlassung war, daß man eine Ersitzung der Sache nicht vollenden konnte); D. h. t. l. 1 § 31—41 l. 6 l. 9 § 1 l. 10; C. 8, 4 h. t. cst. 4. Man kann daher das Interdikt gegen den Dejicienten auch dann anstellen, wenn er die Sache nicht mehr besitzt, indem er für Das, was der Besitz der Sache uns werth war, einstehen und für jedes Abhandenkommen und jede Beschädigung haften muß, sollte sie auch ohne seine Schuld erfolgt sein, so fern sie nur ohne die Dejektion nicht eingetreten wäre; D. h. t. l. 1 § 34—36, 41, 42 l. 15 l. 19 (in dieser Stelle ist aber nicht »causa intercidentibus«, wie

jüngsten Besitze der Sache sich befinde; könne aber der Beklagte sofort die exceptio vitiosae possessionis (S. 88 f.) durch Urkunden oder Zeugen bescheinigen: so sei der Kläger abzuweisen; wo nicht: so werde der Beklagte verurtheilt, es bleibe ihm aber dann noch das ordinarium übrig; Curtius Handbuch des sächsischen Civilrechts § 481 ff. und die dort Angeführten. Das possessorium ordinarium komme als remedium recuperandae possessionis Dem zu, welcher beweisen könne, daß er früher als der Beklagte im Besitze der Sache gewesen sei. Ob aber der Kläger bloß Dieses anzuführen und zu beweisen habe oder ein Mehreres, darüber waren die Ansichten getheilt. Viele behaupteten, besonders auf Grund von Kap. 9 X. de probatt., daß sie entschieden mißverstanden (o. S. 88), der Kläger müsse auch noch anführen und beweisen, daß er seinen älteren Besitz iusto titulo erworben gehabt und daß der Beklagte vitiose besitze; so Curtius a. O. § 487 und die dort Angeführten. Die Meisten aber waren der Ansicht, die Berufung auf älteren Besitz und dessen Beweis sei an sich genügend (nur scheint die spätere Praxis wenigstens zehnjährigen älteren Besitz verlangt zu haben, ebenfalls aus einer unrichtigen Auffassung des cap. 9 cit.), weil der ältere Besitz lediglich seines Alters wegen und da seine Fehlerlosigkeit präsumirt werde, dem jüngeren Besitze vorgehe (was freilich weder aus dem römischen, noch aus dem kanonischen Recht, noch in dieser Allgemeinheit rationell zu begründen war); der Beklagte aber siege, wenn er nachweisen könne, daß er seinen Besitz iusto titulo erworben habe oder daß der ältere Besitz des Klägers eine possessio vitiosa gewesen sei, so daß dann der bessere Besitz entscheide; so z. B. Biener Syst. process. § 270, v. Langenn und Kori Erörterungen II S. 219 ff., Osterloh die summarischen Processe nach sächsischem Recht. 3. Ausg. § 54; vgl. auch noch über die Schwankungen, die in dieser Praxis herrschten, Sintenis in den Blättern für Rechtspflege in Thüringen V S. 182 ff. und eine Kritik derselben von Bruns im Jahrbuch des deutschen Rechts IV. S. 91—95. Mit Recht wurde alles Dieses durch das bürgerliche Gesetzbuch aufgehoben, indem dieses zu dem gemeinen Recht, wie es durch das römische und kanonische Recht gebildet ward, wenn auch mit einzelnen Abweichungen, zurückzukehren sucht (die bedeutendste Abweichung ist, daß das Gesetzbuch § 208 die Besitzklagen auch dem detentor giebt, wenn er die Sache zur Benutzung oder zum Zweck der Sicherung inne hatte).

E. Eine sehr weit gehende Theorie stellte Berth. Delbrück Die dingliche Klage des deutschen Rechts Leipzig 1857 auf. Er will nicht nur nach einzelnen Partikularrechten, sondern schon nach gemeinem Recht mit dem älteren Besitz als solchem das Recht zu einer Klage verbinden, durch welche die publicianische Klage und noch manche andere, namentlich die römischen possessorischen Rechtsmittel, ganz absorbirt werden sollen und die weit über die Letzteren hinausgeht. Mit dieser Klage soll 1) jeder frühere Besitzer einer Sache dieselbe dem gegenwärtigen Besitzer abfordern können, ausgenommen wenn dieser als Einrede beweisen kann, a. daß er die Sache iusto titulo erworben oder b. daß er schon einmal noch früher als der Kläger die Sache im Besitz gehabt, oder c. daß der Kläger selbst die Sache veräußert oder sie mala fide besessen gehabt habe. Die beiden ersteren Einreden könne aber der Kläger durch die Replik abwenden, daß er die Sache iusto titulo erworben gehabt habe und (wenn der Beklagte auch iustum titulum für seinen Erwerb hat) sein Auktor älterer Besitzer als der des Beklagten gewesen sei oder daß er den Besitz wider Willen verloren habe; denn 2) im letzteren Falle, also wenn der Besitzer seinen Besitz wider Willen verloren habe, könne er die Sache sogar dann dem späteren Besitzer abfordern, wenn dieser sie iusto titulo erworben habe; s. besonders Delbrück a. O. S. 283—333. Dieses Institut einer von ihm sog. dinglichen Klage des deutschen Rechts (in der That aber würde sie im Wesentlichen nicht eine petitorische, sondern eine possessorische Klage sein) setzt Delbrück mit vielem Scharfsinn, aber auch mit einer überkühnen Behandlung der Quellen und mit den gewagtesten Suppositionen und Sprüngen im Demonstriren zusammen aus der Glosse und ihren Nachfolgern, aus kanonischen Quellen, die in der irrigen Weise der alten

Doktrin (oben D) aufgefaßt werden, aus deutschen Instituten des Mittelalters, deren wesentliche Grundlage aber seit Jahrhunderten aus unserem Recht verschwunden ist, aus einer älteren Praxis, die in dieser Weise nicht bestand, und aus römischen Quellen, deren Aussprüche auf ganz eigene Art in das neue Institut hereingezogen werden und wobei er freilich (S. 270) behauptet, daß wir nicht das römische Recht, wie es in den Quellen steht, sondern dasjenige Recht recipirt haben, wie es in Italien (im Mittelalter) neu entstanden ist! Auf dieses in solcher Weise geschaffene Institut wird man doch wohl das Wort Savigny's (Besitz S. 630, anwenden können, daß auch das praktische Interesse gewiß nicht gewinnen kann bei einem Verfahren, wodurch sichere Grundsätze unmöglich gemacht werden, so daß zuletzt nur noch die Willkür den Knoten zerhauen kann, indem sie bald aus diesem, bald aus jenem Rechtssystem ihre Entscheidungen hernimmt. Zwar trat C. W. E. Heimbach sofort Delbrück bei und gab im Rechtslexikon Bd. XIII S. 105—240 eine ausführliche Darstellung des Instituts nach und zum großen Theile wörtlich aus Delbrücks Buch. Mit Recht aber haben sich bis jetzt die Meisten gegen Delbrück erklärt; so Bluntschli Münchener kritische Überschau Bd. VI S. 193 f. wenigstens in einigen Hauptpunkten, Pagenstecher Lehre vom Eigenthum Bd. III S. 222 f., v. Gerber Deutsches Privatrecht von der 7. Ausg. an, § 73 Note 2, Bangerow Pand. 7. Ausg. § 335 a. E., Windscheid Pand. § 162 Note 11, und noch entschiedener traten der Theorie Delbrücks entgegen Sintenis in den Blättern für thüringische Rechtspflege Bd. V S. 182—186, indem er ihn hauptsächlich aus seinen eigenen Behauptungen zu widerlegen sucht (s. auch Denselben in der 2. Ausg. s. Civilrechts § 46 S. 470 f. in den Noten), und besonders G. Bruns in einer interessanten eingehenden und schlagenden Ausführung (Der ältere Besitz und das possessorium ordinarium, in dem Jahrbuch des deutschen Rechts Bd. IV 1860 S. 1—97, und gegen einzelne Behauptungen Delbrücks auch Maaßen in d. angeführten Jahrb. Bd. II S. 443—73. Delbrück giebt (S. 267) zu, daß unsere Lehrbücher des heutigen römischen so wie die des deutschen Privatrechts von seiner dinglichen Klage „Nichts wissen"; er behauptet aber, daß die Klage doch auch in der Gegenwart Leben habe und ihr eine „sehr bestimmte gesetzliche Grundlage zukomme"; von diesem Leben aber bekennt er, daß es nur „im Verborgenen" bestehe und die Gegenwart sich desselben nicht eigentlich bewußt sei! In der That aber weiß unser gemeines Recht, unsere gemeinrechtliche Praxis mit eingeschlossen (vgl. auch Delbrück selbst S. 171), von einer solchen dinglichen Klage so wenig wie die Lehrbücher, und was die gesetzliche Grundlage betrifft, auf die er sich (S. 270, 271) beruft: so sind dies hauptsächlich das cap. 9 X de probatt., das er ganz entschieden unrichtig auffaßt (oben Lit. A Nr. 4 und Maaßen a. O. S. 443—73, Bruns a. O. S. 60 f. 74 f.), und die Art. 207 f. der P. G. O. Karls V., welche gar nicht von einer Klage aus bloßem älteren Besitze, sondern von der Eigenthumsklage und dem Beweis des Eigenthums sprechen, deren Bestimmungen aber unpraktisch sind, weil sie auf ein ganz untergegangenes Beweissystem und auf die Voraussetzung der Geltung des Grundsatzes des älteren deutschen Rechts: „Hand muß Hand wahren" sich stützen; s. besonders auch Bruns a. O. S. 81—85, Sintenis a. O. S. 185. Über das wirkliche deutsche Recht des Mittelalters s. außer Bruns a. O. S. 21 f. und dessen Besitz S. 306—319, noch besonders Cropp in Hudtwalkers kriminalistischen Beiträgen Bd. II 1826, S. 264—308; Homeyer Richtsteig. S. 493 f.

F. Allerdings aber wird von Delbrück richtig herausgehoben, daß ein Besitzer für den Fall des Besitzverlustes wider Willen nicht immer gehörig geschützt sein würde, wenn er bloß auf die oben Lit. B. C ausgeführten Rechtsmittel beschränkt wäre, und daß in dieser Hinsicht ein Bedürfnis ausgedehnteren Schutzes zwar nicht bei Grundstücken (s. auch Bruns im angeführten Jahrbuche S. 6), aber doch bei Mobilien nicht ganz geleugnet werden könnte. Indessen geht Delbrück weit über dieses Bedürfnis hinaus; auch wird es wirklich vom

gemeinen Recht großentheils befriedigt. Die hier in Frage kommenden Fälle sind folgende:

I. Besitzverlust mit Willen, aber in Folge konpulsiver Gewalt (Erpressung). Nach römischem Rechte hatte hier der Gezwungene nicht ein interdictum recuperandae possessionis, oben S. 93 oben; nach kanonischem Recht dagegen kommt ihm die actio spolii zu gegen den Thäter, dessen Erben und gegen den dritten Besitzer, welcher mit dem spolium bekannt war, als er seinen Besitz erwarb; S. 94 Nr. II 1, 3. Aber auch schon nach römischem Recht ist hier für den gewesenen Besitzer in noch viel weiter gehender Weise durch die persönliche (nicht dingliche, wie Delbrück a. O. S. 25 sie bezeichnet) actio metus gesorgt. Denn mit dieser Klage kann er die Sache von jedem dritten Besitzer herausfordern, auch von Dem, der iusto titulo besitzt, und selbst von Dem, der vom Zwinger das Eigenthum der Sache erwarb (denn durch eine dem Eigenthümer abgepreßte Tradition geht das Eigenthum auf den Erpresser über. Vgl. unten § 187 Beil.); zu beweisen, aber hat er bei dieser Klage bloß den erlittenen Besitzverlust durch Erpressung; außerdem steht ihm auch noch das Recht auf eine sehr ausgedehnte restitutio in integrum zu. Vgl. unten § 187 Beil. Nr. A I 1. 2. 4.

II. Besitzverlust wider Willen. Verliert ein Besitzer wider seinen Willen die Sache aus dem Besitz: so kann er natürlich, wenn er Eigenthümer der Sache ist, sie mit der rei vindicatio jedem Dritten abfordern; er kann sie ferner auch, wenn er nicht das Eigenthum an ihr nachzuweisen im Stande ist, aber beweisen kann, daß er sie iusto titulo erworben gehabt hatte, mit der Publiciana actio von Dem herausfordern, dessen Besitz ein schlechterer ist, als der seinige war (Arndts § 170). Allein dies ist nicht ein Schutz für den Besitzer als solchen; auch geben diese Klagen dem Eigenthümer und Dem, der die Sache iusto titulo erworben hatte, nicht immer den ausreichenden, für manche Fälle gebührenden Schutz, da sie mit Weiterungen verknüpft sind und dem gewesenen Besitzer leicht die Beweismittel für ihre Erfordernisse abgehen können. Deßhalb giebt das gemeine Recht dem Besitzer als solchem, wenn er durch widerrechtliche Eigenmacht aus dem Besitze gesetzt wurde, die unter Lit. C. angeführten possessorischen Klagen gegen den Thäter, dessen Erben und auch gegen Den, welcher, von der Entsetzung wissend, später den Besitz der Sache erwarb. Bei beweglichen Sachen aber stehen Dem, welcher wider Willen den Besitz verlor, auch noch andere persönliche Klagen zu. Die Hauptfälle sind:

1) Besitzverlust durch (deutschrechtlichen) Diebstahl, ein Fall des römischen furtum.

a. Nach römischem Recht stand dem Bestohlenen ein interdictum recuperandae possessionis nicht zu. Zwar hatte er im älteren römischen Recht das interdictum utrubi, mit welchem er lediglich als gewesener Besitzer gegen den Dieb obsiegte (oben S. 85, 86; vgl. auch Savigny Besitz § 41 S. 455 d 7. Ausg. in der Note, in der er aber die condictio possessionis nicht beachtete). Allein durch die spätere Gleichstellung des interdictum utrubi mit dem interdictum uti possidetis fiel Dieses weg. Die condictio furtiva aber gegen den Dieb und dessen Erben auf Zurückgabe und Ersatz des Interesses kommt nicht dem Besitzer als solchem zu, sondern bloß dem Eigenthümer der Sache, D. 13, 1 d. condict. furt. l. 1, und dem gewesenen Eigenthümer dann, wenn er nach erlittenem Diebstahl nicht durch eine eigene Handlung sein Eigenthum verlor, l. 12 pr. § 1 eod., und außerdem wohl auch dem Faustpfandgläubiger, l. 12 § 2 eod.; 13, 7 de pign. act. l. 22 pr.; es ist also zu ihr, wenn das Eigenthum oder Pfandrecht des Klägers in Abrede gezogen wird, Beweis desselben nöthig. Zwar leugneten viele Ältere das Letztere, indem sie meinten, die Quellen verstehen hier unter dominus bloß den Eigenthumsbesitzer im Gegensatz zum detentor und zum abgeleiteten Besitzer, z. B. Bachov Comment. in Inst. IV, 6 § 14, Lauterbach Coll. Pand. XIII, 1 § 6, und auch manche Neuere wollen die Klage wenigstens dem bonae fidei possessor geben; dies ist aber mit den Quellen nicht wohl vereinbar, da man ihrem dominus nicht einen bloßen possessor substituiren kann; vgl. auch D. 47, 2 de furt. l. 14

§ 16 a. E. — Aber der bestohlene Besitzer *als solcher* hat auch schon nach römischem Recht eine persönliche Klage gegen den Dieb, jedoch bloß auf Herausgabe der Sache und, so weit der Dieb in Folge seines dolus nicht herausgeben kann, auf Ersatz des Interesses des Besitzes, und nicht auch gegen dritte Besitzer der Sache, nämlich eine condictio (possessionis) ex iniusta causa; er hat also, um mit dieser Klage durchzudringen, bloß den gehabten Besitz und den Diebstahl zu beweisen; D. 47, 2 de furt. l. 25 § 1; 13, 3 de condict. trit. l. 1 § 1 vgl. mit l. 2; 25, 2 rer. amot. l. 6 § 5 l. 25. Diese Klage wurde aber bei uns meist ganz übersehen (selbst *Savigny* übergeht sie in seinem Werke über Besitz), bis *Bruns* Recht des Besitzes S. 27—37 wieder auf sie aufmerksam machte; vgl. auch *Windscheid* Pandekten § 161. Allerdings aber ist nach gemeinem Rechte diese condictio ganz entbehrlich, indem

b. nach kanonischem Rechte dem Bestohlenen ein noch besseres Rechtsmittel zusteht. Denn nach S. 94 Nr. II, 3 vgl. mit Nr. 1, hat der Besitzer, dem die Sache gestohlen wurde, die actio spolii, und diese geht auf Zurückgabe der Sache und *vollen Schadenersatz* und zwar nicht bloß gegen den Dieb und dessen Erben, sondern auch gegen jeden Dritten, welcher, als er die Sache an sich brachte, wußte, daß sie eine gestohlene sei. Um daher gegen solche Dritte mit der Klage durchzudringen, hat der Bestohlene nur zu beweisen, daß die Sache, die er besessen, ihm gestohlen worden und der Beklagte sie mit dem Bewußtsein, daß sie eine gestohlene sei, an sich gebracht habe.

c. Dagegen hat der bestohlene Besitzer als solcher, wenn er nicht beweisen kann, daß sein Gegner oder dessen Erblasser ihm die Sache gestohlen oder beim Erwerb der Sache gewußt habe, sie sei eine gestohlene (Lit. b), nach unseren Rechtsquellen (abgesehen von der Praxis s. u.) *keine* Klage gegen den Besitzer der Sache, mag Dieser in bona oder mala fide sein, die Sache iusto titulo erworben haben oder keinen Titel für seinen Erwerb nachweisen können. Denn bloß *der* Umstand, daß der Bestohlene früher Besitzer war und seinen Besitz wider Willen verlor, giebt ihm weder nach römischem noch nach deutschem Rechte die Befugnis, dem späteren Besitzer die Sache abzufordern. Auch ist Dieses jedenfalls dann gerechtfertigt, wenn ein solcher Besitzer einen rechtmäßigen Erwerb der Sache nachweisen kann, z. B. daß er die Sache in Folge eines Kaufs in Händen habe. Gegen einen titulirten Besitzer, welcher bei dem Erwerbe nicht wußte, daß die Sache eine gestohlene sei, dem Bestohlenen, der nur seinen früheren Besitz und den Verlust durch Diebstahl nachzuweisen im Stande ist, eine Klage zu geben, würde sich auch legislativ nicht begründen lassen; s. auch *Bruns* Jahrbuch Bd. IV S. 5 f. Eine andere Frage ist es aber, ob einem solchen Bestohlenen nicht wenigstens gegen *den* Besitzer, der einen rechtmäßigen Erwerbsgrund nachzuweisen *nicht* im Stande ist, eine persönliche Klage gegeben werden sollte. Allein bei dieser Frage muß man zwei Fälle unterscheiden. Ist α) der Beklagte bloß außer Stand, einen rechtmäßigen Erwerbsgrund nachzuweisen: so ist es doch möglich, daß er die Sache wirklich rechtmäßig erworben hatte, nur ihm die Beweismittel dafür abgehen; deßhalb kann man nicht sagen, daß ein solcher Beklagter an sich schon ein relativ schlechterer Besitzer sei, als der Kläger es gewesen, wenn dieser ebenfalls nicht im Stande ist, für seinen früheren Besitz rechtmäßigen Erwerbsgrund nachzuweisen; steht dem Letzteren auch zur Seite, daß er seinen Besitz wider Willen verloren hatte: so würde dagegen dem Beklagten das Gewicht des gegenwärtigen Besitzes zur Seite stehen, der so gut ein rechtmäßiger sein kann, wie es möglicherweise der frühere Besitz des Klägers war; in solchen Fällen ist es gewiß richtiger, daß der gegenwärtige Besitz den Ausschlag giebt, und unsere Rechtsquellen erkennen dies auch durchaus an. Aber β. anders gestaltet sich die Sache, wenn es sich positiv herausstellt, der Beklagte habe *keinen* rechtmäßigen Erwerbsgrund, z. B. er habe die vom Diebe verlorene oder preisgegebene Sache gefunden oder eigenmächtig an sich genommen oder zwar bona fide, aber irrig sich angemaßt, also der Kläger diesen Mangel des Titels des Beklagten beweisen kann oder der Beklagte ihn zugesteht; in solchem Falle würde es gerechtfertigt sein, dem bestohlenen Besitzer lediglich als

solchem, also auch wenn er für seinen früheren Besitz keinen Titel nachweisen kann, eine Klage gegen den unrechtmäßigen Besitzer zu geben. Deßhalb geben hier manche Partikularrechte (z. B. das preußische Landrecht) dem Bestohlenen eine Klage auf Herausgabe der Sache gegen den Besitzer, und man wird wohl behaupten können, daß auch unsere gemeinrechtliche Praxis in diesem Falle eine solche Klage giebt; namentlich werden unsere Kriminalgerichte, wenn gegen den Besitzer einer gestohlenen Sache verfahren wird, keinen Anstand nehmen, dem Bestohlenen im Adhäsionsverfahren die Sache zuzusprechen, wenn sich herausstellt, daß der Besitzer die Sache nicht auf rechtmäßige Weise erworben habe.

2) Besitzverlust durch Raub. — Ob ein beraubter Besitzer nach dem späteren römischen Recht das interdictum unde vi gegen den Räuber hatte, ist bestritten (S. 92 Nr. 1), eine Streitfrage aber, die jedenfalls durch die actio spolii des kanonischen Rechts (S. 93 Nr. 3) unpraktisch geworden ist; ebenso ist bestritten, ob einem Beraubten die actio metus, welche sehr weit geht, zustehe, vgl. unten § 187 Beil. Lit. B. Jedenfalls aber hat er die actio vi bonorum raptorum gegen den Räuber, bei der er bloß den erlittenen Raub zu beweisen hat, und die selbst dem detentor zusteht. Inst. 4, 2 vi bon. rapt. pr. § 2; D. 47, 8 e t. l. 2 § 22, und nach römischem Recht auf den vierfachen Werth des Geraubten ging, von welchem ein Simplum auf Zurückerstattung und Ersatz des Entzogenen zu rechnen war, l. 2 § 13 eod.; bei uns geht sie aber nur noch auf dieses Simplum, da die Privatstrafe weggefallen ist, kann aber auf dasselbe bei uns auch gegen die Erben des Räubers angestellt werden. Vgl. oben § 89 Beil. Nr. I, 2. (Th. I S. 468). — Im Übrigen gilt beim Raube, einem Falle des römischen furtum, ganz das unter Nr. 1 über den Diebstahl Ausgeführte.

3) Besitzverlust durch Unterschlagung, d. h. wenn der Besitzer die Sache einem Andern anvertraut hatte, z. B. durch Kommodat, Mandat, depositum ꝛc., und dieser sie sich widerrechtlich aneignet. Hier gilt ebenfalls ganz das unter Nr. 1 Ausgeführte, da die Unterschlagung ein Fall des Furtums ist, und was die actio spolii betrifft (Nr. 1, b.), diese auch bei Besitzverlust durch Unterschlagung anwendbar ist; S. 94 Nr. II, 3. Auch hat bei einem solchen Besitzverluste Derjenige, welcher dem Anderen die Sache anvertraute, gegen diesen die persönliche Klage, welche aus dem betreffenden Vertrage entspringt, auf Rückgabe und Ersatz, bei welcher er bloß die Thatsache des Anvertrauthabens zu beweisen hat; vergl. auch oben § 87 Beil. II Nr. II. (Th. I S. 458). Diesen Fall des Besitzverlustes darf man aber nicht verwechseln mit den Fällen unter Nr. 4; denn in diesen kann zwar auch eine Unterschlagung vorkommen, aber nicht ein Besitzverlust durch Unterschlagung.

4) Besitzverlust durch Verlieren der Sache, oder dadurch, daß dem Besitzer ein (zahmes) Thier entläuft oder Sachen bei einer Überschwemmung weggeschwemmt werden. Wenn in diesen Fällen der Finder oder Derjenige, dem die Thiere zugelaufen sind oder die Sachen angeschwemmt wurden, sie sich aneignet und so durch Unterschlagung ihren Besitz erwirbt: so kann dem früheren Besitzer an sich und auf Grund entzogenen Besitzes eine condictio possessionis oder sonst ein possessorisches Rechtsmittel nicht zukommen. Namentlich gilt hier nicht das unter Nr. 1 b. Gesagte. Denn wenn Jemand die verlorene oder angeschwemmte Sache an sich nimmt und unterschlägt: so wird dadurch gar nicht in einen Besitz, der dem Verlierer zustand, widerrechtlich eingegriffen, da der Verlierer seinen Besitz bereits in Folge des Verlierens ꝛc. nicht mehr hatte; auch kann gegen den gewesenen bloßen Besitzer hier durch die Unterschlagung ein furtum nicht begangen werden, weil er nicht erst durch die Unterschlagung, sondern schon durch das Verlieren aus dem Besitz der Sache gekommen war, somit ihm durch die Unterschlagung gar Nichts entzogen wurde. Durch eine solche Unterschlagung bekommt der Eigenthümer der Sache, dessen Eigenthumsrecht jedenfalls dadurch verletzt wurde, Befugnisse gegen den Unterschlagenden er hat namentlich die condictio furtiva), aber nicht ein gewesener Besitzer als solcher (vgl. aber auch Nr. 5). Nur giebt das römische Recht einem Besitzer, welchem Sachen weggeschwemmt wurden, gegen Den, wel-

BIBLIOTECA · REGIA · MONACENSIS

chem ſie angeſchwemmt wurden, wenn dieſer das Wegholen der Sachen verſagt, eine Klage dahin, daß ihm geſtattet werde, die Sachen wieder an ſich zu nehmen; D. 39, 2 de damn. infect. l. 9 § 3, vgl. auch § 1 eod.; 10, 4 ad exhib. l. 5 § 4, 5. Dieſes wird man wohl auch auf den Finder und auf Den, dem ein Thier zugelaufen iſt, dann anwenden können, wenn er ſich auf gar nichts Anderes berufen kann, als daß er die Sache gefunden habe oder das Thier ihm zugelaufen ſei. Jedenfalls wird unſere Praxis nicht nur das Letztere anerkennen, ſondern auch noch weiter gehen und Dem, der auf die genannten Weiſen um den Beſitz der Sache kam, gegen jeden dritten Beſitzer, von welchem erwieſen wird, daß er nicht auf rechtmäßige Weiſe den Beſitz der Sache erwarb, eine Rückforderungsklage geben, ſo daß alſo auch hier das vorhin unter Nr. 1, c. Geſagte gelten würde.

5) Zu beachten iſt noch, daß der Beſitzer, wenn ihm die Sache durch Diebſtahl, Raub oder Unterſchlagung entzogen oder die von ihm verlorene oder ihm ſonſt abhanden gekommene Sache (Nr. 4) unterſchlagen wurde, die Sache alſo *dadurch erſt* eine res furtiva geworden iſt, eine ſolche Sache, ſobald er beweiſen kann, daß er ſie rechtmäßig (iusto titulo) erworben gehabt hatte, nicht bloß von dem Unterſchlagenden, ſondern auch von jedem ſpäteren Beſitzer, ſollte dieſer auch die Sache iusto titulo erworben haben, mit der Publiciana actio fordern kann; denn in ſolchen Fällen fehlt dem dritten Beſitzer, auch wenn er die Sache iusto titulo erwarb, der Beſitz *zur Uſukapion*, da die Sache furtiva iſt; er muß daher Jenem, der die Sache rechtmäßig erworben hatte, weichen, da Jener die Sache als eine uſukapionsfähige beſeſſen hatte.

In Bielem kommt auch *Bruns* Jahrbuch des deutſchen Rechts Bd. IV S. 95—109 auf die gleichen Reſultate, aber auf einem Wege, dem man nicht wird zuſtimmen können. Denn die *rekuperatoriſche* Funktion, die er, noch dazu in ſehr ausgedehnter Weiſe, dem interdictum retinendae possessionis, dem ſog. ordinarium, geben will, läßt ſich nicht rechtfertigen; vgl. oben S. 89 ff.; auch iſt *dazu* ein praktiſches Bedürfnis nicht vorhanden; dabei legt er ſeinen Reſultaten eine Praxis zu Grunde, die längſt nicht mehr beſteht und der er mit Recht eine vollſtändige Verwirrung vorwirft, und will aus dieſer bloß Das beibehalten, was ihm aus *legislativen* Gründen angemeſſen erſcheint, ein Weg, auf dem ſich poſitives Recht nicht konſtruiren läßt.

Zweite Unterabtheilung. Iuris quasi possessio.

§ 129.

Unſere Quellen beſchränken den Beſitzbegriff mit Recht nicht auf Sachen (d. h. körperliche Dinge), ſondern dehnen ihn auch auf die meiſten iura in re, dingliche Rechte an fremden Sachen, aus. Denn auch bei manchen anderen Rechten außer dem Eigenthum läßt ſich das Haben des Rechts, das Berechtigtſein vom bloßen *Beſitz* desſelben unterſcheiden, d. h. von einer faktiſchen dauernden Beherrſchung des Rechtsobjektes durch thatſächliche Ausübung des Rechtsinhalts.

So weit ein Beſitz bei ihnen möglich iſt, kann dann bei ihnen (und dies iſt die praktiſche Konſequenz) auch ein *Beſitzſchutz* durch poſſeſſoriſche Interdikte und eine Erwerbung des Rechts ſelbſt durch *Erſitzung* ſtatthaben.

Möglich ist aber ein solcher Besitz natürlich nur bei solchen Rechten, welche ein solches unmittelbares Substrat haben, gegen das eine unmittelbare, dauernde faktische Herrschaft sich ausüben läßt, welche durch jede fremde Eigenmacht gestört oder entzogen werden kann.

Daraus ergiebt sich Folgendes:

I. Die Servituten sind Rechte, bei denen sich das Haben des Rechts, das Berechtigtsein, von dem bloßen faktischen Beherrschen des Rechtsobjekts und der faktischen Ausübung des Rechtsinhalts, vom Besitz des Rechts, wohl unterscheiden läßt und auch von unserem Recht unterschieden wird. Wenn ich z. B. an meinem Hause einen Balkon baue, der in den Luftraum über meines Nachbars Grundstück hineinragt, und mir anmaße, auf diese Weise meinen Nachbar in seinem Eigenthum zu beschränken: so erwerbe ich natürlich durch dieses einseitige Faktum noch nicht ein Recht; die servitus proiciendi[1], gegen des Nachbars Grundstück; aber ich bin, sobald der Balkon gebaut ist, in der possessio dieser Servitut, d. h. ich übe den Inhalt dieser Servitut gegen das Grundstück des Nachbars faktisch aus, übe also eine faktische Herrschaft über das Grundstück des Nachbars in einer gewissen Richtung aus, und zwar bin ich malae fidei possessor servitutis, wenn ich wohl weiß, daß mir kein Servitutrecht zusteht; bonae fidei possessor servitutis, wenn ich glaubte, mir komme das Recht zu; würde mir die Servitut wirklich zustehen, z. B. der Nachbar sie an seinem Grundstück mir eingeräumt haben, so bin ich Servitutberechtigter und zugleich, wenn mein Balkon gebaut ist, auch Besitzer der Servitut. Die Römer nennen einen solchen Besitz (einer Servitut) eine iuris possessio oder iuris quasi possessio, weil man hier nicht possessor der (fremden) Sache selbst, nicht corporis possessor, ist und sein will, sondern man nur den Inhalt eines ius in re (aliena) an ihr ausüben will, also über die Sache nur in einer gewissen Richtung eine Herrschaft übt[2].

Durch eine solche iuris (quasi) possessio wird daher die corporis possessio, die ein Anderer an der Sache hat, nur beschränkt, aber nicht ausgeschlossen. Letzteres selbst dann nicht, wenn die Servitut eine solche ist, welche, wie der Nießbrauch, nur ausgeübt werden

[1] Arndts § 185 Anm. 3.

[2] D. de precar. 43, 26 l. 2 § 3; de itinere 43, 19 l. 1 § 2. 4 l. 7. Gaius Inst. IV § 139. Arndts § 129, 187.

kann, wenn man die Sache ganz in Händen hat[3]. Der Nießbraucher nämlich, in deſſen Händen die Sache iſt, hat gar nicht den animus rem sibi habendi; er will die Sache ſelbſt ſich nicht aneignen, ſondern an der Sache bloß den Inhalt des Nießbrauchrechts ausüben, alſo über die Sache nur in ſoweit eine Herrſchaft haben, als ſie zum Gebrauch der Sache und zum Früchtebezug nöthig iſt. Er iſt ſomit bloß detentor des corpus[4] und possessor der Servitut (iuris possessor). Beſitzer der Sache iſt hier Derjenige, welcher die Sache ſelbſt animo domini hat und über ſie durch den Nießbraucher, der ihn als den Herrn der Sache anerkennt, die Herrſchaft ausübt. Deßhalb können in ſolchen Fällen beide Beſitzer (der corporis possessor und der servitutis possessor) ihre possessio gegen fremde Eigenmacht (und Störungen) durch Interdikte ſchützen; der corporis possessor ſeine corporis possessio, wenn ein Dritter oder der Servitutbeſitzer ſelbſt ſie ihm entziehen, d. h. ſie ſich anmaßen will, oder ihn ſonſt darin ſtört; der Servitutbeſitzer ſeine iuris possessio, wenn Jemand, ſei es auch der corporis possessor, ihn in der Ausübung der Servitut ſtören ſollte[5].

II. Die Möglichkeit einer ſolchen iuris quasi possessio bei Servituten erklärt ſich eben daraus, daß bei ihnen eine faktiſche Ausübung des Rechtsinhalts durch eine unmittelbare faktiſche Herrſchaft über die Sache in einer gewiſſen Richtung möglich iſt, alſo auch ein Schutz in dieſer faktiſchen Ausübung ohne Rückſicht darauf, ob man das Recht ſelbſt wirklich hat oder nicht. Aus demſelben Grunde iſt auch beim Emphyteutrecht und beim Superficiarrecht eine ſolche iuris possessio möglich[6].

III. Dagegen läßt ſich der Beſitzbegriff nicht anwenden, ſomit eine iuris possessio nicht annehmen, iſt alſo auch ein bloßer Beſitzſchutz durch poſſeſſoriſche Interdikte (ohne Rückſicht darauf, ob man das Recht ſelbſt hat) und eine Erwerbung des Rechts durch Erſitzung nicht möglich:

---

[3] Denn auch in einem ſolchen Falle kann an derſelben Sache Jemand die corporis possessio, ein Anderer aber die iuris possessio haben.

[4] S. oben § 122 Nr. IV.

[5] D. de poss. 41, 2 l. 52 pr. Savigny Beſitz (6. Ausg.) S. 326 f. — Über Erwerb und Verluſt der quasi possessio einer Servitut und über die poſſeſſoriſchen Interdikte bei Servituten ſ. Arndts § 182, 192 und unten § 161 Beil.

[6] S. Arndts § 195 Anm. 3 und unten § 164, 165.

a. bei dem Pfandrecht. Denn das Pfandrecht an einer Sache giebt nicht eine dauernde Herrſchaft über die Sache; es äußert ſeine ganze Wirkſamkeit in der Regel bloß in einem vorübergehenden Akt, nämlich darin, daß der Pfandgläubiger, wenn ſeine Forderung nicht bezahlt wurde, die Sache zum Verkauf bringen und ſich aus ihrem Erlös bezahlt machen kann. Iſt dies aber geſchehen, ſo erliſcht das Pfandrecht (es hat dann ſeine Funktion erfüllt). Hieraus erklärt ſich von ſelbſt, daß der Beſitzbegriff auf das Pfandrecht nicht anwendbar, alſo auch die Erwerbung eines Pfandrechts durch Erſitzung nicht möglich iſt.

Dies gilt auch vom Fauſtpfandgläubiger. Er bekommt zwar die Sache in ſeine faktiſche Herrſchaft, iſt an ſich detentor der Sache und das gemeine Recht behandelt ihn ſogar als possessor, als abgeleiteten Beſitzer der Sache[7]. Allein dies iſt nicht die Ausübung des Inhalts eines Pfandrechts (faktiſche Herrſchaft eines Pfandgläubigers als ſolchen); denn dieſe beſteht auch hier bloß in dem einzigen vorübergehenden Akt des Verkaufs des Pfandes.

b. Bei Obligationen. Bei einer Forderung die wir haben oder faktiſch machen, iſt der Gegenſtand unſerer Macht nicht unmittelbar eine Sache, ſondern lediglich der Wille und die Handlung des Schuldners (ſeine Leiſtung[8]). Darauf aber läßt ſich der Begriff einer dauernden faktiſchen Herrſchaft nicht anwenden. Selbſt wenn man vermöge einer Obligation eine Sache zur Benutzung oder zum Gebrauch in Händen hat, z. B. als Miether oder (als Pachter oder) Kommodatar, ſo iſt hier zwar die Sache in unſerer faktiſchen Herrſchaft; allein, da wir ſie in einem ſolchen Falle nicht uns aneignen wollen, ſo haben wir bloß die Detention der Sache[9]. Von einer iuris possessio aber, nach der Auffaſſung unſeres poſitiven Rechts, kann hier nicht die Rede ſein, weil dieſe Rechte (aus einer Obligation) nicht, wie es beim Nießbrauch der Fall iſt, Rechte an der Sache ſelbſt ſind. Wer ihren Inhalt ausübt, übt nicht den Inhalt eines Rechts aus, welches in einer unmittelbaren Herrſchaft über die Sache beſtände, ſondern bloß perſönliche Anſprüche gegen den Schuldner, den Vermiether, Leiher u. ſ. w., dahin, daß er uns den Gebrauch der

[7] S. oben § 122 Nr. V B 2.
[8] S. § 36 Nr. III (Th. 1 S. 179 f.).
[9] S. oben § 122 Nr. IV.

Sache gewähre (und gestatte); bei einem solchen Anspruch gegen die obligirte Person aber läßt sich von einer faktischen Herrschaft über das unmittelbare Rechtsobjekt und von einem Schutze in derselben als solcher im Gegensatz zum Berechtigtsein nicht sprechen. Aus diesem Grunde kann man auch nicht durch Ersitzung ein Obligationen-Recht erwerben [10].

IV. Das Ausgeführte ist im römischen Recht durchaus anerkannt, liegt aber auch schon in der Natur der Sache. Viele jedoch behaupten, durch das kanonische und deutsche Recht sei der Besitzbegriff weit über die Grenzen ausgedehnt worden, die ihm das römische Recht stecke. Allein dies ist in dieser Allgemeinheit nicht richtig. Das kanonische und deutsche Recht wenden nur auf gewisse (moderne) Verhältnisse, welche in der Weise, wie sie sich nach diesen Rechten gebildet hatten, dem römischen Recht unbekannt waren, den Besitzbegriff an, weil sie davon ausgehen, daß bei diesen Verhältnissen auch eine dauernde faktische Herrschaft über das Rechtsobjekt und eine faktische Ausübung des Rechtsinhalts an diesem Objekt (ohne Rücksicht auf das Haben des Rechts) sich vom Haben des Rechts selbst unterscheiden lasse, nämlich bei den germanischen Reallasten, z. B. dem Zehentrecht [11]; ferner bei einigen Rechten, die mit Grundbesitz als zusammenhängend betrachtet werden, nämlich bei dem Recht der Patrimonialgerichtsbarkeit, dem Recht an einer geistlichen Pfründe und bei der bischöflichen Gewalt [12].

Drittes Kapitel. Erwerbung des Eigenthums.

Im Allgemeinen.

§ 130.

(Arndts § 144).

Die vielen Wege, auf welchen Eigenthum erworben werden kann [1], lassen sich verschieden klassificiren, je nachdem sie in dieser oder jener Hinsicht etwas Gemeinsames haben, nämlich

[10] Mein Württemb. Privatrecht Bd. II S. 304 Note 4. — Brunst. c S. 358.
[11] S. unten § 148 Beil. Lit. D.
[12] S. Savigny Besitz § 49, 50. Arndts § 129 Anm. 3.
[1] Über titulus und modus adquirendi s. oben § 117 Anm. 3.

1) sie sind entweder ableitende, sog. derivative Erwerbarten[2], d. h. solche, durch welche das Eigenthum eines Anderen in Folge einer Succession erworben wird, man also lediglich in das Recht des Anderen eintritt[3]; oder sie sind originäre, ursprüngliche Erwerbarten, durch die man nicht als Nachfolger eines Anderen, sondern völlig unabhängig vom Eigenthum eines Anderen das Eigenthum erwirbt[4].

2) Sie sind sog. adquisitiones universales, wenn man das Eigenthum an Sachen durch Universalnachfolge erwirbt[5], die übrigen Erwerbsarten dagegen sind sog. adquisitiones singulares, wenn durch sie bloß einzelne Sachen als einzelne ins Eigenthum erworben werden können[6].

3) Bei manchen Eigenthumserwerbarten ist der Besitz die nothwendige Bedingung, das vermittelnde Moment des Eigenthumserwerbs, d. h. es ist zum Eigenthumserwerb nöthig, daß man den Besitz der Sache hat[7], oder daß man den Besitz erwirbt[8]. Bei den anderen Erwerbarten dagegen ist der Besitz indifferent; es wird in ihnen das Eigenthum ipso iure erworben, d. h. durch den Eintritt einer anderweiten Thatsache, ohne daß eine Vermittlung des Erwerbs durch den Besitz nöthig ist. Man drückt Letzteres dahin aus: in diesen Fällen finde ein sog. transitus legalis dominii statt.

4) Bei den meisten Eigenthumserwerbarten ist zum Erwerb nöthig eine Mitwirkung des Willens des Erwerbers oder seines Stellvertreters, d. h. der Wille desselben muß auf Erwerbung des Eigenthums gerichtet sein. Bei einigen dagegen ist dies nicht nöthig; bei ihnen wird das Eigenthum ipso iure in diesem Sinne erworben, d. h. durch eine juristische Thatsache ohne eine solche Mitwirkung des Willens, also auch wenn man gar Nichts von der Erwerbung wußte, z. B. bei der accessio und bei dem Erwerb eines Singularvermächtnisses.

5) Unter adquisitiones civiles und naturales s. oben § 121 Nr. II 3[9].

---

[2] Vgl. oben § 68 Nr. II, III (Th. I S. 311 f.).
[3] Dies sind die Fälle der §§ 131, 132.
[4] Oben § 68 bei Anm. 12 (Th. I S. 312). — Dies sind die Fälle der §§ 133—139.
[5] Oben § 68 Nr. III A (Th. I S. 312).
[6] Oben § 68 Nr. III B, C (Th. I S. 314 f.).
[7] Arndts § 157 f. [8] Arndts § 145. 154 und unten § 136. Lit. B.
[9] Zu beachten ist, daß einige adquisitiones civiles schon im späteren römischen

Die einzelnen Eigenthumserwerbarten.

A. Fälle der Succeſſion.

I. Traditio ex iusta causa*.

§ 131.

(Arndts § 145.)

Von den Eigenthumserwerbsfällen unter Lebenden iſt der wichtigſte die Erwerbung in Folge einer Veräußerung.

Zur Übertragung des Eigenthums einer Sache auf einen Anderen genügt nicht der Abſchluß des bloßen obligatoriſchen Veräußerungsvertrags, z. B. eines Tauſchs, Kaufs, Schenkungsvertrags. Man erwirbt durch einen ſolchen Vertrag bloß eine Forderung, alſo ein perſönliches Recht gegen den Veräußerer und deſſen Univerſalnachfolger auf Übertragung der Sache, das man nur gegen dieſe mit der perſönlichen Klage aus dem Veräußerungsvertrage geltend machen kann. Zur Erwerbung des (dinglichen Rechts des) Eigenthums aber wird in allen dieſen Fällen eine Form erfordert, nämlich die Vollziehung des Vertrags durch Übergabe der Sache in den Beſitz des Erwerbers; erſt durch dieſe traditio geht das Eigenthum auf den Erwerber über[1].

Die Erforderniſſe der Erwerbung des Eigenthums durch Veräußerung ſind nämlich:

A. Übertragung der Sache in die possessio des Erwerbers durch traditio von Seiten des Veräußerers[2]. Dabei iſt zu bemerken:

1) Die Übertragung des Beſitzes und ſomit des Eigenthums kann auch dadurch geſchehen, daß unſerem Stellvertreter tradirt wird[3]. Nur muß er natürlich wirklich als unſer Stellvertreter ſich den Beſitz übergeben laſſen[4]. Bloß ein paar anomale Fälle giebt es,

---

Recht ſich ganz verloren, nämlich die mancipatio und die in iure cessio, und daß eine adquisitio civilis, die usucapio, durch Juſtinian weſentlich umgeſtaltet wurde.

* Vgl. Leiſt Mancipation und Eigenthumstradition 1865. Exner Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition nach gemeinem und öſtreichiſchem Recht. 1867.

[1] Cod. de pact. 2, 3 cst 20; de act. emti vend. 4, 49 cst. 8.

[2] Wie dieſe geſchehen kann, darüber gilt das oben in § 125 Beil. Nr. II Ausgeführte. — Vgl. auch Arndts l. c. Nr. 2.

[3] Cod. de poss. 7, 32 cst. 8. Näheres ſ. oben § 126 Beil. Nr. I, II, III.

[4] S. auch oben § 126 Beil. Nr. I 3.

in denen eine Perſon einen Erwerb, den ein Dritter für ſich machte, geradezu ſo behandeln kann, als ob er als Stellvertreter für ſie den Erwerb gemacht habe und ſie dadurch das Eigenthum erwirbt[5].

2) Bei Veräußerung durch Kauf reicht die traditio zum Eigenthumserwerb nicht hin, ſondern wird noch erfordert, daß der Käufer den Kaufpreis bezahlt oder vom Verkäufer Kredit bekommen hat[6]. Der Zweck dieſes Erforderniſſes iſt Sicherung des Verkäufers wegen des Kaufpreiſes. Denn wenn er die Sache dem Käufer tradirt, ihm aber nicht (ausdrücklich) Kredit gab, ſo bleibt er Eigenthümer und kann die Sache von jedem Dritten vindiciren, auch vom Käufer, wenn er nicht zahlen kann[7].

3) Dagegen iſt es nicht richtig, wenn Manche glauben, daß juriſtiſche Perſonen ohne Tradition durch den bloßen Veräußerungsvertrag ihrer Vertreter Eigenthum erwerben; denn auch bei ihnen iſt dazu Übergabe der Sache an die Vertreter, ſomit Beſitzerwerbung durch dieſelben nöthig[8].

4) Aus dem Erfordernis der traditio ergiebt ſich, daß ein Eigenthümer, der ſeine Sache veräußert, verkauft, verſchenkt, das Eigenthum daran nicht übertragen kann, wenn er die Sache nicht beſitzt, z. B. wenn er ſie verloren hat, ſie ihm geſtohlen iſt und dergl. (denn, was man nicht beſitzt, kann man nicht tradiren); er kann bloß die Anſprüche und Klagen, die er etwa gegen den Beſitzer der Sache hat, ſeinem Kontrahenten abtreten[9]. Wenn er daher in einem ſolchen Falle z. B. dem Käufer ſeine rei vindicatio cedirt, ſo kann nun der Käufer mit der cedirten rei vindicatio (utilis) gegen den Beſitzer der Sache (wo er ihn findet) klagen auf Herausgabe der Sache; auch

---

[5] So der Bevormundete, wenn mit deſſen Geld der Vormund ſich Sachen anſchaffte; der Soldat, wenn mit deſſen Geld ein Geſchäftsführer ſich Sachen anſchaffte; der Ehegatte, wenn mit dem Geld, das er ſeinem Gatten ſchenkte, dieſer ſich Sachen kaufte und dieſer ſie noch in Händen hat. Vgl. Arndts l. c. Anm. 3 a. E. und unten § 143 Beil. I. — Mit Recht aber haben einzelne Landesrechte, z. B. Sachſen, Württemberg, dieſe anomalen Fälle beſeitigt.

[6] Arndts l. c. Note 8.

[7] Das Sächſiſche Geſetzbuch kennt dieſes Erfordernis nicht, ſondern läßt unbedingt mit der traditio das Eigenthum übergehen, was aber ſehr bedenklich iſt.

[8] Arndts l. c. Anm. 1. Auch macht der Fall, den Arndts in der zweiten Hälfte der Anm. 1 erwähnt (societas omnium bonorum), keine Ausnahme von der Nothwendigkeit der traditio, da es aus einem constitutum possessorium zu erklären iſt. S. § 126 Beil. Nr. IV a. E. Anders nach dem Sächſiſchen Geſetzbuch § 255.

[9] Cod. de distr. pign. 8, 28 cst. 13; D. de R. V. 6, 1 l. 41, 46, 47.

kann er gegen den fictus possessor[10] mit der rei vindicatio Ersatz des Werths der Sache verlangen[11]. Zu diesem Zweck muß er natürlich beweisen, daß sein Verkäufer Eigenthümer der Sache sei. Das Eigenthum der Sache aber erwirbt er erst, wenn die Sache wirklich in seine Hände kommt[12].

B. Der Wille der Parteien muß auf Veräußerung gerichtet sein, d. h. der tradens muß die Absicht haben, auf den Empfänger das Eigenthum der Sache zu übertragen, der Empfänger die Absicht, Eigenthum zu erwerben[13].

Dieser Wille wird ausgesprochen durch ein auf Veräußerung (und Übertragung) gerichtetes Rechtsgeschäft zwischen den Parteien, z. B. durch Kauf, Schenkung, Tausch oder dadurch, daß der tradens eine anderweite auf Veräußerung gehende Obligation vollzieht, z. B. mir Geld zahlt, das er mir schuldig ist. Dies sind die materiellen Gründe des Eigenthumserwerbs. Die Quellen bezeichnen sie durch iusta causa traditionis, wir aber durch titulus transferendi dominii. Diese causa wird gewöhnlich der traditio selbst vorangehen und deßhalb sprechen die Quellen hier von einer causa praecedens[14]. Allein nothwendig ist nicht ein äußerliches Vorangehen derselben; sie kann auch in dem Akt der Tradition selbst ausgesprochen werden[15], z. B. wenn ein Bettler mir die offene Hand entgegenhält, ich ein Goldstück hineinlege und er die Hand zumacht, so liegt in diesem Akt der Tradition die iusta causa gehörig ausgesprochen, nämlich die Schenkungsabsicht[16].

Hatte der tradens gar nicht die Absicht, Eigenthum zu übertragen, so geht es natürlich nicht über. Wenn daher der Veräußerer die Sache dem Erwerber zwar übergiebt, sich aber bis zum Eintritt eines gewissen Ereignisses das Eigenthum an der Sache vorbehält

[10] S. unten § 143 Beil. II.

[11] Cod. de hered. vel act. vend. 4, 39 cst. 9.

[12] Arndts l. c. bei Note f. Jhering Jahrbücher Bd. I S. 104 ff.

[13] Arndts l. c. Nr. 3.

[14] Die traditio ist dann Vollziehung einer durch die causa begründeten obligatio. — Man kann es aber auch so auffassen: der tradens muß vor der traditio den Willen gefaßt haben, zu veräußern. Dieser vorangehende Wille ist die iusta causa praecedens. In der Regel aber wird er durch ein vorangehendes Rechtsgeschäft ausgesprochen.

[15] Im Innern des Tradirenden ist sie auch dann vorangegangen.

[16] Arndts l. c. Note n; l. de rer. div. 2, 1 § 46; D. de domin. 41, 1 l. 9. § 7. Savigny Obligationenrecht Bd. II 256 f. Auch wenn die causa, welche die Partieen im Sinne haben ungültig ist, so geht doch in der Regel Eigenthum über. Vgl. unten Lit. D.

(pactum reservati dominii), so bleibt der tradens bis zum Eintritt des Ereignisses Eigenthümer, z. B. der Verkäufer übergiebt die Sachen dem Käufer und giebt ihm wegen des Preises Kredit[17], behält sich aber, um sich wegen des Preises zu sichern, bis zur Zahlung desselben, das Eigenthum an der Sache vor. In einem solchen Falle ist zwar das Veräußerungsgeschäft selbst unbedingt eingegangen, aber der Übergang des Eigenthums an eine Suspensivbedingung geknüpft, das Eigenthum kann daher auf den Empfänger erst übergehen, wenn die Bedingung eintritt, d. h. der Preis bezahlt wird. Tritt sie nicht ein, so kann der Veräußerer (entweder den Kaufpreis mit der actio venditi vom Erwerber verlangen oder) geradezu die Sache, da sie noch die seine ist, vom Käufer und von jedem dritten Besitzer mit der rei vindicatio herausfordern[18].

Es ist übrigens nicht nöthig, daß die Absicht, Eigenthum zu übertragen, gerade auf eine bestimmte Person gerichtet ist; eine gültige Übertragung ist es auch, wenn man z. B. Sachen auswirft, um das Eigenthum auf Den zu übertragen, der sie haschen würde, und sie Jemand ergreift und behält[19].

C. Der tradens muß Eigenthümer der Sache sein und, im Namen des Eigenthümers zu veräußern befugt sein. Ist er weder das Eine noch das Andere, so kann er (außer den nachher unter Nr. 1 anzuführenden Fällen) nicht Eigenthum übertragen[20]. Der Empfänger erwirbt dann durch die traditio bloß den Besitz einer fremden Sache und besitzt sie dann, je nach der Verschiedenheit des Veräußerungsgrundes pro emtore oder pro donato oder pro soluto u. s. w. und kann sie, wenn er in bona fide ist, durch Ersitzung in sein Eigenthum erwerben[21].

Ein Nichteigenthümer kann nur in folgenden Fällen Eigenthum übertragen:

1) vermöge singulärer Rechtssätze, nämlich nach römischem

---

[17] Natürlich ist es keine traditio und es geht Eigenthum deßhalb nicht über, wenn der Verkäufer die Sache an den Käufer vermiethet, bis er den Preis bezahlt hat. D. locat. 19, 2 l. 20 § 2 l. 21.

[18] D. locati 19, 2 l. 20 § 2 l. 21. S. auch oben § 78 Beil. I Nr. 7 (Th. I S. 390). Dangerow Pand. § 311 Anm. 2. Gensler im Arch. für civilist. Praxis Bd. II 291 ff.

[19] I. de rer. div. 2, 1 § 46.

[20] S. oben § 68 Nr. III D. 2 (Th. I S. 316).

[21] D. de R. I. 50, 17 l. 54; de dominio 41, 1 l. 20 pr. § 1.

Recht der Fiskus, wenn er fremde Sachen veräußert, was aber bei uns nicht mehr gilt[22]; ferner in einigen vom deutschen Handelsgesetzbuch bestimmten Fällen[23];

2) schon nach allgemeinen Grundsätzen:

a. wenn die Übertragung im Auftrag des Eigenthümers geschah oder er sie später genehmigt[24];

b. wenn der Veräußerer gesetzlicher Vertreter des Eigenthümers ist und innerhalb der Grenzen seiner Gewalt im Namen des Eigenthümers überträgt, z. B. der Vormund[25];

c. wenn der Pfandgläubiger zum Zweck seiner Befriedigung oder für ihn der Richter, die verpfändete Sache veräußert[26];

d. Wenn der Eigenthümer in einem Proceß zur Übertragung der Sache, z. B. an den Käufer rechtskräftig verurtheilt wurde, aber dem Urtheil nicht Folge leistet, so kann auf Verlangen des Klägers der Richter dem Beklagten die Sache wegnehmen und das Eigenthum des Beklagten auf den Kläger durch Übergabe der Sache übertragen.

Wenn ein Nichteigenthümer veräußert und keiner der unter Nr. 1, 2 erwähnten Fälle vorliegt, also der Empfänger der Sache nicht Eigenthum erwirbt, aber der Veräußerer später das Eigenthum erwirbt, oder der Eigenthümer später Erbe des Veräußerers wird: so fragt es sich, ob nicht nun das Eigenthum der Sache nachträglich auf den Empfänger der Sache übergeht. Manche Partikularrechte, z. B. das sächsische, bejahen es (mit Recht). Allein das gemeine Recht verneint es; z. B. ich besitze die Sache des N., halte sie aber für die meinige und veräußere und tradire sie dem O., so wird dieser dadurch nicht Eigenthümer der Sache, weil die Sache mir nicht gehörte; später aber beerbe ich den N., werde nun also durch den

---

[22] Oben § 68 Beil. II Nr. V (Th. I S. 322).

[23] H. G. B. Art. 306 Abs. 1, Art. 307. Nämlich a. bei Mobilien, welche ein Kaufmann in seinem Handelsbetrieb an einen bona fide Empfänger veräußert, wenn sie nicht gestohlen oder verloren sind; b. bei Papieren auf den Inhaber, wenn irgend Jemand sie an einen bona fide Empfänger veräußert, selbst wenn sie gestohlen oder verloren sind. Das Nähere s. im Germanicum.

[24] S. oben § 84 Beil. I Nr. III (Th. I S. 431). D. de dom. 41, 1 l. 9 § 4; I. de rer. div. 2, 1 § 42, 43.

[25] Nach manchen neueren Gesetzen auch wenn der Vorsteher einer Genossenschaft, selbst mit Überschreitung seiner Kompetenz Sachen der Genossenschaft veräußert. Vgl. oben § 55 Nr. III (Th. I S. 249).

[26] I. quib. alienare lic. 2, 8 § 1.

Erbschaftsantritt Eigenthümer der Sache, obwohl sie nicht mehr in meinem Besitz ist[27]. Dadurch aber geht nun nach dem römischen Recht mein Eigenthum nicht auf den D. über, obwohl ich die Sache an ihn veräußert hatte; denn damals, als ich sie an ihn veräußerte, gehörte sie mir gar nicht, ich konnte also damals auch ihm nicht Eigenthum übertragen; jetzt bin ich zwar Eigenthümer geworden, aber um nun dieses mein jetzt erst erworbenes Eigenthum auf D. zu übertragen, wäre ein neuer Übertragungsakt nöthig. In solchen Fällen hat nach gemeinem Recht der Erwerber nur folgende Rechtsmittel gegen den Veräußerer und dessen Rechtsnachfolger:

a. Besitzt der Erwerber (oder sein Rechtsnachfolger) die Sache, so hat zwar der Veräußerer, da er Eigenthümer geworden ist, an sich die rei vindicatio gegen ihn auf Herausgabe der Sache. Allein da der Veräußerer durch seine Veräußerung verbunden ist, dem Erwerber (an den er die Sache veräußert hatte) die Sache zu lassen: so kann der Letztere, wenn die rei vindicatio gegen ihn angestellt wurde, und eben so sein Rechtsnachfolger, sich auf diese Verpflichtung berufen, und die rei vindicatio mit einer peremtorischen Exception zurückweisen, mit einer exceptio doli im weitern Sinne[28], oder wie die Römer sie auch konkret bezeichneten, mit einer exceptio rei venditae (donatae etc.) et traditae.

b. Besitzt der Erwerber die Sache nicht, war sie nämlich wieder in den Besitz des Veräußerers oder durch den Veräußerer in den Besitz eines Dritten gekommen, so kann der Erwerber (an den er sie veräußert hatte) oder dessen Rechtsnachfolger sie vom Besitzer herausfordern, aber nicht mit der Eigenthumsklage; denn er ist nicht Eigenthümer der Sache; sondern mit der Publiciana actio[29], und wenn dann der Beklagte die exceptio dominii vorschützt, so kann der Kläger diese mit der replica doli oder rei venditae et traditae removiren[30]. — Das Gleiche gilt auch, wenn Der, welcher eine

---

[27] Transitus legalis, s. unten § 132 Nr. 9.

[28] Vgl. oben § 102 a. E. (Th. I S. 532).

[29] S. unten § 144. Auch mit der actio venditi; aber diese geht nicht, wie die Publiciana, gegen den Singularnachfolger des Veräußerers.

[30] D. de except. rei vend. 21, 3 l. 1 § 1, 2; de rei vind. 6, 1 l. 72.— Siegt er mit der Publiciana, so ist ihm die Sache herauszugeben und dadurch geht dann auch das Eigenthum auf ihn über; nicht aber wenn er als Beklagter die exceptio doli vorschützt und der Kläger abgewiesen wird.

fremde Sache veräußerte, später vom Eigenthümer der Sache beerbt ward, und nun dieser sie dem Erwerber abfordern will; denn als Erbe muß er die Handlungen seines Erblassers anerkennen, also dessen Veräußerung gelten lassen[31].

D. Der Veräußerungsakt muß ein gültiger sein, wenn durch denselben das Eigenthum übergehen soll. Hier ist aber zu unterscheiden:

1) wenn bloß der obligatorische Veräußerungsvertrag, welcher der traditio zu Grunde liegt, ungültig ist, z. B. wegen wesentlichen Irrthums[32], der Veräußerer aber die Sache in der Meinung übergiebt, der Vertrag sei gültig; oder wenn der tradens sonst sich irrig zur Leistung verpflichtet hielt und deßhalb tradirt, z. B. er dem N. eine Sache übergiebt in der Meinung, sie ihm schuldig zu sein, sie ihm aber in der That nicht schuldig war, so geht das Eigenthum doch auf den Empfänger über, weil in solchen Fällen der tradens doch Eigenthum übertragen und der Empfänger Eigenthum annehmen (erwerben) wollte.

Es ist hier zwar die Obligation ungültig; aber die geschehene Veräußerung gültig, nur ist sie in solchen Fällen anfechtbar, aber bloß mit einer persönlichen Klage, die also nur gegen den Empfänger und dessen Erben geht. Es kann nämlich in solchen Fällen der tradens vom Empfänger und dessen Erben die Sache mit der condictio indebiti zurückfordern, oder wenn sie sie nicht mehr haben, von ihnen den Werth verlangen, durch den sie etwa noch bereichert sind[33].

2) Wenn aber der Ungültigkeitsgrund sich auf den Akt der Veräußerung selbst bezieht, auf das Weggeben der Sache durch traditio, so kann der Empfänger nicht Eigenthum erwerben. Dies ist namentlich der Fall:

a. wenn der tradens veräußerungsunfähig ist[34];

b. wenn die Veräußerung geschah gegen ein richterliches Verbot, in der Regel auch, wenn sie gegen ein gesetzliches geschah[35]:

c. wenn zwischen dem tradens und dem Empfänger die Ver-

---

[31] D. de exc. rei vend. 21, 3 l. 1 § 1; Cod. de rei vind. 3, 32 cst. 14; de evict. 8, 45 cst. 14.

[32] So im Fall v. l. 36. D. h. t. (Arndts l. c. Anm. 5). Vgl. unten § 186 Beil.

[33] Arndts l. c. Note o—q und unten § 186 Beil. Lit. B und § 218.

[34] D. de C. E. 18, 1 l. 26. [35] S. oben § 120.

äußerung vom Geſetz unterſagt iſt, wie bei Schenkungen zwiſchen Ehegatten [36];

d. wenn zur Veräußerung eine beſondere Form nöthig iſt, wie bei großen Schenkungen, und dieſe nicht beobachtet wurde [37];

e. wenn der tradens über die trabirte Sache oder über die Perſon des Empfängers in einem weſentlichen Irrthum war [38].

Wenn der Eigenthümer ſich in dem Eigenthum irrt, ſo geht das Eigenthum nicht über, z. B. ich verkaufe eine Uhr in dem Auftrag des N. an den O., weil ich ſie für die Sache des N. halte; es zeigt ſich aber ſpäter, daß ſie mir gehörte. Hier wird O. nicht Eigenthümer, weil ich ja mein Eigenthum gar nicht weggeben wollte; ich kann die Sache alſo stricto iure von O. oder von jedem dritten Beſitzer vindiciren. Allein, da doch ich ſie verkauft habe, ſo kann nach römiſchem Recht der Beſitzer mit der exceptio rei venditae et traditae meine Vindikation abwenden und ich habe bloß gegen den N. eine actio mandati contraria auf Entſchädigung [39]. Nach deutſchem Recht über Stellvertretung aber wollte ich mich gar nicht durch Vollziehung des Mandats gegen O. obligiren; der rei vindicatio ſteht alſo die exceptio nicht entgegen [40].

In allen dieſen Fällen iſt der Veräußerungsvertrag nichtig; der tradens bleibt alſo Eigenthümer der Sache und kann ſie dem Empfänger und jedem Beſitzer mit der rei vindicatio abfordern [41].

E. Das gemeine Recht fordert bei Veräußerungen zum Übergang des Eigenthums die traditio deßhalb, weil es für den Verkehr von Intereſſe iſt, daß der Erwerb dieſes wichtigſten Vermögensrechts auch äußerlich erkennbar gemacht werde durch Einſetzung des Erwerbers in das dem Eigenthum entſprechende faktiſche Verhältnis, in den Beſitz.

Noch weiter ging das ältere deutſche Recht bei Grundſtücken; an dieſen konnte das Eigenthum nur durch einen öffentlichen gerichtlichen Akt übertragen werden. Allein durch die Reception des römiſchen Rechts wurde dieſe Form aus dem gemeinen Recht verdrängt

---

[36] Arndts § 414. [37] S. unten § 196 Beil. Lit. C Nr. 5.

[38] S. unten § 186 Beil. Nr. II 2, 3. — Mein Handbuch des Württ. Privatrechts II S. 745 Note 4; 746 Note 8.

[39] S. Mein Handbuch des Württ. Privatrechts II S. 752 Note 7 und Arndts l. c. Anm. 2 (wo aber bei L. 49 vor „entgegen" ein „nicht" hineingehört).

[40] Vgl. oben § 83 bei Anm. 15 (Th. I S. 412). Jhering Jahrbücher Bd. II 154.

[41] Vgl. unten § 186 Beil. Lit. B und § 196 Beil. Lit. C Nr. 5.

und ſo bildet auch bei Grundſtücken das unter A—D Ausgeführte das gemeine Recht. Doch ging in die meiſten Partikularrechte die Vorſchrift über, daß Veräußerungen von Grundeigenthum in die öffentlichen Gerichts- oder Grundbücher eingetragen werden müſſen. Allein dieſer Eintrag hat nach den verſchiedenen Landesrechten eine ganz verſchiedene Bedeutung; nach manchen, z. B. dem württembergiſchen, hängt von dieſem Eintrage die Eigenthumsübertragung gar nicht ab, vielmehr beſtimmt ſich dieſe auch bei Grundſtücken ganz nach dem römiſchen Recht, alſo nach dem unter A—D Ausgeführten; nach anderen dagegen iſt bei Veräußerungen[42] von Grundſtücken jener Eintrag ein Erforderniß des Eigenthumsübergangs; andere endlich, ſo namentlich das Sächſiſche Geſetzbuch, gehen noch weiter; ſie machen bei Grundſtücken jenen Eintrag zur ausſchließlichen Erwerbart des Eigenthums in der Art, daß überhaupt Eigenthum an Grundſtücken, abgeſehen von einigen ganz beſchränkten Ausnahmen, nur erworben werden kann durch einen ſolchen Eintrag in das Grundbuch und dabei die Beſitzübertragung für den Eigenthumserwerb ganz indifferent iſt, ſomit bei Grundſtücken alle anderen Erwerbarten des Eigenthums, ſelbſt die Erſitzung, ausgeſchloſſen ſind[43], was freilich große legislative Bedenken hat[44].

II. Andere abgeleitete Erwerbarten.

§ 132.

(Arndts §§ 146—148.)

1) Eigenthumserwerb unmittelbar durch richterlichen Spruch. Dieſe Fälle ſind:

a. Die adiudicatio bei gerichtlicher Theilung einer Sache[1];

b. Die dominii impetratio des Pfandgläubigers[2];

---

[42] Nur bei dieſen, nicht bei Erſitzung.

[43] Ein Veräußerungsgeſchäft, ebenſo Erbfolge, Vermächtniß ꝛc., geben bloß einen „Rechtsgrund“ (Titel) zur Eintragung.

[44] Vgl. Meine Abhandlung über das Superficiar- oder Platzrecht S. 241. Anm. 1.

[1] Arndts § 146. Vgl. oben § 121 Beil. Nr. V.

[2] Meine Abhandlung Das ſchwebende Eigenthum (1871) S. 24 f. Arndts § 376.

a. bei dem Pfandrecht. Denn das Pfandrecht an einer Sache giebt nicht eine dauernde Herrſchaft über die Sache; es äußert ſeine ganze Wirkſamkeit in der Regel bloß in einem vorübergehenden Akt, nämlich darin, daß der Pfandgläubiger, wenn ſeine Forderung nicht bezahlt wurde, die Sache zum Verkauf bringen und ſich aus ihrem Erlös bezahlt machen kann. Iſt dies aber geſchehen, ſo erliſcht das Pfandrecht (es hat dann ſeine Funktion erfüllt). Hieraus erklärt ſich von ſelbſt, daß der Beſitzbegriff auf das Pfandrecht nicht anwendbar, alſo auch die Erwerbung eines Pfandrechts durch Erſitzung nicht möglich iſt.

Dies gilt auch vom Fauſtpfandgläubiger. Er bekommt zwar die Sache in ſeine faktiſche Herrſchaft, iſt an ſich detentor der Sache und das gemeine Recht behandelt ihn ſogar als possessor, als abgeleiteten Beſitzer der Sache[7]. Allein dies iſt nicht die Ausübung des Inhalts eines Pfandrechts (faktiſche Herrſchaft eines Pfandgläubigers als ſolchen); denn dieſe beſteht auch hier bloß in dem einzigen vorübergehenden Akt des Verkaufs des Pfandes.

b. Bei Obligationen. Bei einer Forderung die wir haben oder faktiſch machen, iſt der Gegenſtand unſerer Macht nicht unmittelbar eine Sache, ſondern lediglich der Wille und die Handlung des Schuldners (ſeine Leiſtung[8]). Darauf aber läßt ſich der Begriff einer dauernden faktiſchen Herrſchaft nicht anwenden. Selbſt wenn man vermöge einer Obligation eine Sache zur Benutzung oder zum Gebrauch in Händen hat, z. B. als Miether oder (als Pachter oder) Kommodatar, ſo iſt hier zwar die Sache in unſerer faktiſchen Herrſchaft; allein, da wir ſie in einem ſolchen Falle nicht uns aneignen wollen, ſo haben wir bloß die Detention der Sache[9]. Von einer iuris possessio aber, nach der Auffaſſung unſeres poſitiven Rechts, kann hier nicht die Rede ſein, weil dieſe Rechte (aus einer Obligation) nicht, wie es beim Nießbrauch der Fall iſt, Rechte an der Sache ſelbſt ſind. Wer ihren Inhalt ausübt, übt nicht den Inhalt eines Rechts aus, welches in einer unmittelbaren Herrſchaft über die Sache beſtände, ſondern bloß perſönliche Anſprüche gegen den Schuldner, den Vermiether, Leiher u. ſ. w., dahin, daß er uns den Gebrauch der

---

[7] S. oben § 122 Nr. V B 2.
[8] S. § 36 Nr. III (Th. 1 S. 179 f.).
[9] S. oben § 122 Nr. IV.

der successor überhaupt in das betreffende Vermögen eintritt, also namentlich

a. von dem zu einer Erbschaft berufenen Erben

α. in der Regel lediglich durch seine Erklärung, die Erbschaft annehmen zu wollen, also durch den Antritt der Erbschaft;

β. vom suus heres sogar ohne alle Mitwirkung seines Willens schon in dem Moment, in welchem ihm die Erbschaft deferirt wird[13];

b. vom Universalfideikommissar durch Restitution des Fideikommisses, die auch durch eine bloße wörtliche Erklärung des Erben geschehen kann[14].

c. von dem Käufer eines dem Fiskus zugefallenen Vermögens sofort mit dem Abschluß des Kaufs[15].

Von diesen Erwerbarten durch Succession (§ 131. 132 Nr. 1—9) sind die häufigsten und eben deßhalb die wichtigsten die in Nr. 131 und in § 132 unter 9a angeführten.

B. Originäre Erwerbarten*.

I. Commixtio. Accessio.

§ 133.

(Arndts §§ 151—153.)

Die Vermischung, commixtio[1] und confusio[2] bilden nur in wenigen Fällen eine besondere Erwerbart des Eigenthums.

Eigenthumserwerb durch Zuwachs oder Verbindung, durch accessio im engern Sinn[3]. Nach dem in § 65 Ausgeführten erwirbt der Eigenthümer einer Sache, mit welcher andere Sachen als Theil oder Nebensache, als Zuwachs accessio in der § 65 bezeichneten Weise verbunden werden, sofort das Eigenthum an diesen Sachen, sollten sie auch bisher einem Dritten gehört haben[4].

---

[13] Arndts § 521, vgl. § 506. 511.

[14] Arndts § 585, vgl. § 583 Note a.

[15] S. oben § 68 Nr. III A 3 (Th. I S. 314). Arndts § 540 Note d.

* Über originäre Erwerbarten überhaupt und ihre Bedeutung s. oben § 68 Nr. II (Th. I S 311) u. § 130 Nr. 1.

[1] S. die Beil. I. [2] Hierüber s. die Beil. II.

[3] Vgl. Meine Abhandlung in Weiske's Rechtslexikon (s. v. Accession. 1838) I S. 9—32; ferner A. Bechmann Zur Lehre vom Eigenthumserwerb durch Accession (Kiel 1867. Einzelnes gut, aber Vieles unbegründet und schief).

[4] S. die oben in § 65 Anm. 5 (Th. I S. 298) angeführten Stellen.

Die Verschiedenheit der Verbindungsfälle[5] hat auch Einfluß auf das bei ihnen Geltende. Daher ist zu unterscheiden:

A. Ein Zuwachs kann entstehen durch die Hauptsache selbst, durch eine organische Entwicklung aus derselben; dies sind die natürlichen Früchte einer Sache. Der Eigenthümer der fruchttragenden Hauptsache ist daher auch Eigenthümer der Frucht, iure accessionis, sobald sie sich an ihr bildet[6].

B. Eine Nebensache kann ferner entstehen dadurch, daß eine bewegliche Sache, die Jemandem gehört, in physische Verbindung gebracht wird

1) mit der unbeweglichen Hauptsache eines Andern. Hierher gehört das Bauen, inaedificatio; der Eigenthümer des Bodens erwirbt Alles, was auf oder in seinem Boden gebaut wird und Alles, was in sein Gebäude verbaut wird[7]; ferner: das Pflanzen und Säen, die sog. implantatio und satio; der Eigenthümer des Bodens erwirbt Alles, was in seinen Boden gepflanzt wird, sobald es in demselben wurzelt, und Alles, was in den Boden gesäet wird[8]; ferner: die alluvio und avulsio[9];

2) mit der beweglichen Hauptsache eines Andern. Hierher gehört das Anlöthen (adplumbare), d. h. wenn eine Metallsache als untergeordneter Theil mit der Metallsache eines Andern durch eine andere Art von Metall verbunden wird; ferner das Anschweißen (ferruminare), d. h. (nach der herrschenden Ansicht): wenn eine Metallsache als untergeordneter Theil mit einer aus gleichem Metall bestehenden Hauptsache eines Andern durch gleiches Metall verbunden wird; ferner das Einweben (intextura), wenn Wolle, Seide u. s. f. in den Stoff eines Andern eingewoben oder eingestickt wird[10].

Auch rechnen unsere Quellen hierher das Schreiben und Malen; nur sind sie dabei nicht konsequent; beim Schreiben nämlich bildet nach ihnen die Unterlage die Hauptsache; es erwirbt also der Eigenthümer des Papiers, des Pergaments ꝛc. Das, was ein Dritter

---

[5] Über die Weise, wie eine solche Verbindung geschehen kann, und über die Frage, welche Sachen accessio einer andern sein können, s. oben § 65 Beil. I Nr. I—III (Th. I S. 299).
[6] Darüber s. unten § 136. [7] S. Beil. III u. unten Nr. 3 Lit. a.
[8] S. unten Nr. 3 Lit. b u. Beil. IV. [9] S. unten Nr. 3 a. E.
[10] S. oben § 65 Beil. I Nr. III 2 (Th. I S. 299).

darauf schrieb. Beim Malen dagegen war die Frage unter den römischen Juristen bestritten und Justinian entschied die Frage dahin, daß hier das Gemälde die Hauptsache bilde; wenn daher Jemand auf eine fremde Tafel, Leinwand ꝛc. Etwas malt[11], so erwirbt er das Eigenthum der Unterlage; natürlich vorausgesetzt, daß sie lediglich zur Aufnahme eines Gemäldes dienen sollte und namentlich das Gemälde nicht bloß zur Verzierung der Sache bestimmt war[12].

3) Die Modalitäten aber, unter welchen in diesen Fällen (Nr. 1. 2) der Eigenthümer der Hauptsache die Nebensache erwirbt, sind sehr verschieden.

Grundsatz ist, daß (in solchen Fällen) der Eigenthumserwerb ein widerruflicher ist[13]. Der, dem die Nebensache gehört, verliert durch die Verbindung sein Eigenthum und der Eigenthümer der Hauptsache erwirbt die Nebensache[14]; aber der gewesene Eigenthümer der Nebensache (prior dominus) kann in der Regel mit einer actio ad exhibendum gegen den Besitzer der Hauptsache klagen, auf Aufhebung der Verbindung, auf Trennung ꝛc.[15], und wenn dann die Sachen wieder getrennt sind, so lebt nun sein Eigenthum an der Nebensache wieder auf und nun kann er sie vindiciren und Letzteres kann er natürlich auch dann, wenn die Verbindung durch Zufall gelöst war[16]. Besitzt er selbst die fremde Hauptsache, so kann er natürlich die Trennung selbst vornehmen[17].

Dieser Grundsatz hat aber viele Ausnahmen, denn

a) in manchen Fällen ist die Widerruflichkeit sehr beschränkt; dies ist der Fall bei der inaedificatio, wenn der Eigenthümer

---

[11] Wirklich ein Gemälde, z. B. nicht Anstreichen eines Brettes.

[12] Arndts § 152 Anm. 3 u. Anm. 4 Lit. d. Richtiger das Sächsische Gesetzbuch § 252: daß auch beim Schreiben, wie beim Malen, auch beim Drucken, der Schreiber ꝛc. die Unterlage erwerbe. Aber es fügt sehr ungenau bei: „ausgenommen wenn das Erzeugniß seiner Thätigkeit zu der Sache in einem untergeordneten Verhältnisse steht".

[13] Diese Regel (für die aber nur sehr wenige Fälle übrig bleiben (s. unten Lit. a—c), darf man aber nicht so auffassen, wie Arndts (in § 152 bei Note b u. in Anm. 2 u. in § 166 a. E.) es mit Vielen thut, als ob Der, dem die Nebensache gehört, sie in seinem Eigenthum behalte und er es nur nicht ausüben könne, so lange die Verbindung besteht.

[14] D. de dominio 41, 1 l. 26 § 1. Vgl. die Beil. III Nr. I.

[15] Natürlich hat er keine actio ad exhibendum, wenn er die Verbindung durch Vertrag gestattete, seine Nebensache veräußerte.

[16] D. de rei vind. 6, 1 l. 23 § 5; ad exhibend. 10, 4 l. 6 im Anf., l. 7 § 2.

[17] Aber nur mit der oben in § 67 Beil. unter Nr. IV (Th. I S. 309) angegebenen Beschränkung.

von Grund und Boden fremdes Baumaterial (tignum alienum) dadurch erwirbt, daß es (von ihm oder einem Andern) auf seinen Boden oder in sein Gebäude verbaut wurde[18].

b) In manchen Fällen wird die Nebensache unwiderrufliches Eigenthum des Eigenthümers der Hauptsache, so daß selbst, wenn später die Nebensache von der Hauptsache getrennt wird, doch das Eigenthum des frühern Eigenthümers an ihr nicht wieder auflebt. Dies ist der Fall, wenn die verbundenen Nebensachen gar nicht mehr in ihrer früheren Art wiederherstellbar sind (also als die früheren zu existiren aufhören); oder eine Trennung der Haupt- und Nebensachen ohne Zerstörung der einen oder anderen nicht möglich ist. Also namentlich

α. bei der implantatio und satio[19];

β. bei der ferruminatio[20] und beim Schreiben und Malen[21];

γ. bei der alluvio, Anschwemmung; wenn nämlich durch ein fließendes Wasser irgend einer Art (nicht bloß einen Fluß) allmählich Erde, Schlamm u. dergl. an ein Grundstück angeschwemmt wird. Dieses Angeschwemmte gehört unwiderruflich dem Eigenthümer des Grundstücks; auch versteht sich von selbst, daß er für dieses incrementum latens Niemandem Ersatz zu geben hat[22];

δ. bei der vis fluminis oder sog. avulsio. Reißt nämlich ein fließendes Wasser von einem Grundstück ein erkennbares Stück Land weg und schwemmt es an ein anderes Grundstück an, so bleibt es zunächst im Eigenthum des bisherigen Eigenthümers. Dieser kann es daher vindiciren; allein er muß es thun, so lange es noch nicht an das Grundstück, an welches es angeschwemmt wurde, angewachsen ist, z. B. durch darauf stehende Gesträuche; denn, ist es angewachsen, so fällt es dem Eigenthümer des letztern Grundstücks ins unwiderrufliche

---

[18] Das Nähere hierüber und über die Ersatzpflicht in solchen Fällen (und über Arndts § 152 Anm. 4 Lit. f) s. in Beil. III.

[19] Hierüber und über die Ersatzpflicht (und über Arndts § 152 Anm. 4 Lit. e) s. die Beil. IV.

[20] D. de rei vind. 6, 1 l. 23 § 5.

[21] Über die Ersatzpflicht in diesen Fällen gilt das in Beil. IV Ausgeführte; nur beim Malen gilt hier Besonderes; s. Arndts § 152 Anm. 4 d.

[22] I. de rer. divis. 2, 1 § 20; D. de dom. 41, 1 l. 7 § 1. Vgl. auch oben § 60 Beil. II (Th. I S. 279 f.).

Eigenthum zu; auch dieser hat dem früheren Eigenthümer keinen Ersatz dafür zu geben[23].

Beilage I.

Vermischung trockener Sachen, sog. commixtio. Die bloße Vermengung trockener Sachen kann nie eine Specifikation sein; denn es wird durch sie nicht eine Umbildung der Sachen in eine neue Sache bewirkt, sondern »singula corpora in sua substantia durant«. Es gilt bei ihr Folgendes:

I. Gehören die Sachen, welche unter einander gemischt werden, derselben Person, z. B. meine Gerste wird unter meinen Hafer gemischt: so bleiben sie im Eigenthum des bisherigen Eigenthümers, selbst wenn ein Dritter es in der Absicht thun würde, die Mischung für sich zu erwerben; denn diese Absicht kann Nichts wirken, eben weil eine solche Mischung nicht eine Specifikation ist. Handelte der Mischende dolos oder culpos: so kann er von dem Eigenthümer, der durch das Mischen etwa Schaden litt, mit der aquilischen Klage auf Ersatz belangt werden, und wenn er die Mischung sich dolos aneignete: so finden gegen ihn die Rechtsmittel aus dem furtum statt; s. auch D. de R. V. 6, 1 l. 4.

II. Werden trockene Sachen verschiedener Eigenthümer gemischt und zwar

1) in Folge einer Vereinbarung der Eigenthümer: so kommt es auf den Inhalt dieser Vereinbarung an. Hatten sie die Absicht, daß die Mischung gemeinschaftlich werde (was im Zweifel anzunehmen ist): so wird dann allerdings das Vermischte gemeinschaftlich und Jeder erwirbt an den Sachen des Anderen, die in der Mischung sind, die Quote ins Eigenthum, die sie verabredet hatten, verliert aber auch an seinen Sachen die Quote, die nun der Andere an der Mischung erwirbt. Allein die Erwerbung des Eigenthums geschieht hier eben durch gegenseitige Veräußerung der Sachen, nicht dadurch und deßhalb, weil die Sachen vermischt sind; die commixtio ist hier also nicht eine Eigenthumserwerbart, sondern der in ihr liegende Akt der Tradition ist es (traditio ex iusta causa), l. de R. D. 2, 1 § 28 i. A., D. de R. V. 6. 1 l. 5.

2) durch eine einseitige Handlung, sei es des einen Eigenthümers oder eines Dritten oder durch Zufall. In diesem Falle

a. wird in der Regel durch die Mischung Nichts im Eigenthum geändert. Von selbst versteht sich dies, wenn man die gemischten Sachen noch so erkennen kann, daß sich ermitteln läßt, welche Sachen jedem der verschiedenen Eigenthümer gehören; jeder Eigenthümer vindicirt dann eben seine Sachen, in wessen Händen sie auch sein mögen, oder kann sie mit der Publiciana actio fordern, wenn deren Voraussetzungen vorhanden sind; vgl. I § 28 cit. — Aber auch wenn sich nicht mehr ermitteln läßt, welche Stücke gerade jedem der verschiedenen Eigenthümer gehören, z. B. wenn meine Getreidekörner unter die ganz gleichen eines Anderen gemischt werden, gilt das Gleiche; es wird auch hier am Eigenthume Nichts geändert (»non videtur commune esse frumentum«); jeder Eigenthümer kann seine Sachen vindiciren und hat dabei nur nachzuweisen, daß Sachen, die ihm gehörten, in der von ihm angegebenen Quantität unter die des Beklagten gekommen seien, oder kann er sie mit der Publiciana actio, wenn deren Voraussetzungen vorliegen, fordern, und dann hat der Richter Jedem nach dem Verhältnis des Werths der ihm gehörigen Sachen einen Theil an der Mischung zuzusprechen; l. l. c. § 28 verb. »quodsi casu« ꝛc. D. de R. V. l. 5 pr. Hier erwirbt dann allerdings jede Partie, so weit ihr ein Theil des Gemischten zugesprochen wird, diejenigen Sachen der anderen Partie, welche in diesem Theile enthalten sind, ins Eigenthum, aber nicht durch die commixtio, sondern durch die richter-

---

[23] Arndts § 152 Note f. — Über den Erwerb eines verlassenen Flußbettes und einer Insel bei öffentlichen Flüssen (Arndts § 153) s. oben § 60 Beil. II (Th. I S. 279).

liche adiudicatio; der Fall gehört also dann zum Erwerb durch adiudicatio, (bei dolus oder culpa des Mischenden gilt auch hier das unter I a. E. Angeführte).

b. Anders aber verhält es sich, wenn Jemand fremdes Geld unter sein Geld bringt, geschehe es in gutem Glauben, d. h. in der Meinung, auch jenes Geld gehöre ihm, oder in dem Bewußtsein, daß es ihm nicht gehöre, aber in der Absicht, es sich anzueignen. Er kann nämlich dadurch Eigenthümer der eingemischten fremden Geldstücke werden. Zwar wenn, was aber selten möglich sein wird, der Eigenthümer des fremden Geldes nachweisen kann, welche der eingemischten Stücke die seinigen sind: so verliert er durch die Mischung sein Eigenthum nicht, sondern kann seine Stücke nach gemeinem Recht vindiciren. Ist ihm aber dieser Beweis unmöglich, läßt sich also gar nicht mehr ermitteln, welche Geldstücke die seinigen waren (»si mixti essent ita ut discerni non possent«): so gilt sein Geld als verzehrt; er verliert durch die Mischung das Eigenthum an den Mischenden (D. de solut. 46, 3 l. 78), der aber, wenn er in mala fide war, auf vollen Ersatz, wenn er in bona fide war, auf den Betrag Dessen, um was er durch die Mischung noch bereichert ist, mit den in der Beil. IV Nr. 1 angeführten Klagen belangt werden kann. Dieser Eigenthumserwerb ist namentlich beim Empfange einer Geldzahlung wichtig. Wenn mir z. B. Jemand eine Geldsumme schuldet und er bezahlt mich mit Geld, das er einem Dritten gestohlen hat: so werde ich natürlich durch die Zahlung nicht Eigenthümer des Geldes, weil ihm das Geld nicht gehörte; allein wenn ich nun das Geld unter mein übriges Geld in meine Kasse lege: so erwerbe ich das Eigenthum desselben in dem Momente, in welchem es mit meinem Gelde so vermischt ist, daß man nicht mehr ermitteln kann, welche Geldstücke die gestohlenen waren. Der Bestohlene kann daher das Geld nicht mehr von mir fordern: auch kann er in diesem Falle keine Ersatzklage gegen mich anstellen, da ich im guten Glauben war und durch das Eingemischte keinen Gewinn machte, indem es mir von meinem Schuldner als seine Schuld bezahlt wurde; er kann sich hier bloß an den Dieb halten, l. 78 cit. Das Ausgeführte gilt nicht bloß von Metallgeld, sondern auch von Papiergeld.

Beilage II.

Wenn flüssige oder flüssig gemachte Sachen unter einander gemischt werden, sog. confusio (rerum) und die Sachen

A. verschiedenen Eigenthümern gehören, und

I. die Mischung in Folge einer Vereinbarung der Eigenthümer geschah: so gilt hier ganz das in Beil. I Nr. II, 1 Gesagte; die Mischung kommt in ihr Miteigenthum in Folge einer traditio ex iusta causa; I. de R. D. 2, 1 § 27, D. de domin. 41, 1 l. 7 § 8.

II. Lag eine solche Vereinbarung nicht vor, geschah also die Mischung einseitig durch einen der Eigenthümer oder durch einen Dritten, sei es absichtlich oder durch Versehen, oder durch Zufall, und

1) eine Trennung der Sachen ist noch möglich, wie bei flüssig gemachten, mit einander verbundenen Metallen verschiedener Art, z. B. wenn das Blei des Einen mit dem Silber eines Anderen zusammengeschmolzen wird: so tritt eine Änderung im Eigenthum nicht ein; Jeder bleibt Eigenthümer Dessen, was ihm gehörte und kann Dieses vindiciren; D. l. c. l. 12 § 1, de R. V. 6, 1 l. 5 § 1 verb. »sed si plumbum« ꝛc. (nach diesen Stellen sind D. de domin. l. 7 § 9, I. de R. D. 2, 1 § 27 a. E. näher zu bestimmen).

2) Ist eine solche Trennung nicht möglich: so wird a. in der Regel (s. Lit. b) das Gemischte durch die Konfusion gemeinschaftlich, d. h. die verschiedenen Eigenthümer, denen die miteinander gemischten Sachen gehörten, werden nun Miteigenthümer (pro indiviso, nach Quoten) an der Mischung, an der ganzen Masse, und zwar Jeder im Verhältnis des Werthes, den seine Sachen hatten; es kann also Jeder seine Quote vindiciren (»pro parte esse vindicandum«) und mit der actio communi dividundo auf Theilung der Masse kla-

gen; D. de R. V. 6, 1 l. 3 § 2 l. 4 l. 5 § 1 verb. »sed si diduci non possit« ꝛc. das Beispiel solcher Untrennbarkeit, welches in § 1 cit. angeführt wird (»si aes et aurum mixtum fuerit«), fällt bei uns weg, da unsere Chemiker hier scheiden können; dieser Fall fällt daher unter Nr. 1). — b. Wenn aber, was bei einer Unmöglichkeit der Scheidung beinahe stets der Fall sein wird, die Stoffe durch die Mischung einander so durchdringen und geändert werden, daß durch die Mischung ein wesentlich neues Fabrikat entstand und der eine Stoffeigenthümer oder ein Dritter sie absichtlich für sich vorgenommen hat, so erwirbt nach den Grundsätzen der Specifikation der Mischende das Eigenthum des Gemischten, z. B. wenn Jemand aus seinem Wein und fremdem Honig Meth macht oder aus Stoffen verschiedener Eigenthümer ein Pflaster oder eine Salbe bereitet; I. de R. D. § 27, D. de R. V. l. 5 § 1 i. A.; de domin. l. 7 § 7 a. E. l. 27 § 1. Nur ist c. zu beachten, daß die Quellen in einem bloßen Mischen oder Zusammengießen flüssiger Sachen gleicher Gattung (»quod eiusdem materiae« oder »eiusdem naturae est«), wie z. B. wenn Silber des Einen mit Silber des Anderen in eine Masse gebracht wird, ferner in dem Mischen verschiedener, ungeachtet der Mischung unverändert bleibender Stoffe (wenn »utraque materia, etsi confusa, manet tamen«) nicht eine Specifikation annehmen; vielmehr tritt hier durch Mischen der Sachen verschiedener Eigenthümer in der unter Lit. a angeführten Weise Miteigenthum an der Masse ein; D. de R. V. l. 3 § 2 (»erit nobis commune«) l. 4, l. 5 § 1 a. E.

Hiernach ist die confusio nur in den unter Nr. 2, a. und c. angeführten Fällen eine besondere Eigenthumserwerbart, indem in diesen Fällen jeder Eigenthümer des eingemischten Stoffs an dem in der Mixtur befindlichen Stoff des anderen Eigenthümers pro rata Eigenthum erwirbt.

B. Wenn Sachen desselben Eigenthümers konfundirt werden, so tritt natürlich dadurch eine Änderung im Eigenthum nicht ein, außer es würde ein Dritter die Konfusion vorgenommen und dadurch eine wahre Specifikation (Nr. 2, b) bewirkt haben; denn dann treten die Grundsätze über Specifikation ein.

Über die Ersatzklagen in den angeführten Fällen gegen Denjenigen, der durch Fahrlässigkeit oder vorsätzlich die Konfusion bewirkte, gilt das in der Beil. I Ausgeführte.

Beilage III.

Das Bauen (sog. inaedificatio).

I. Wenn Baumaterial (tignum), das einem Dritten gehört, in das Gebäude eines Anderen eingebaut, oder aus Baumaterial, das einem Dritten gehört, auf dem Grund und Boden eines Anderen ein feststehendes Gebäude errichtet wird: so erwirbt der Eigenthümer des Bodens das Eingebaute oder Aufgebaute sofort iure accessionis in sein Eigenthum; wenn aber das Eingebaute auf irgend eine Weise, sei es durch Zufall oder durch den Eigenthümer des Bodens wieder aufgelöst und von der Verbindung mit dem Gebäude oder dem Boden völlig getrennt wird: so lebt das Eigenthum des früheren Eigenthümers des Materials nun im Augenblick der Trennung am getrennten Material wieder auf und er kann es daher nunmehr als Eigenthümer mit der rei vindicatio herausfordern; D. de R. V. 6, 1 l. 23 § 7 l. 59, I. de R. D. 2, 1 § 29 a. E. — Einige römische Juristen faßten dies so auf: die universitas aedificii, das Gebaute als Ganzes, gehöre, so lange es stehe, zwar dem Eigenthümer des Bodens und somit gehöre ihm als Theil jenes Ganzen auch das eingebaute Material; aber als Einzelnes verbleibe das eingebaute Material gewissermaßen immer noch im Eigenthum Dessen, dem das Material gehörte, nur könne dieser sein Eigenthum nicht eher geltend machen, als bis das Gebaute wieder aufgelöst worden sei; so Gaius in D. de domin. 41, 1 l. 7 § 10 und l. l. c. Bei dieser Auffassung würde die inaedificatio nicht eine Erwerbung des Eigenthums am Material bilden, sondern sie würde bloß eine Beschränkung des Eigenthums am tignum herbeiführen (weil der Eigenthümer des

a. er besitzt noch den fremden Boden und wird auf Herausgabe desselben mit der rei vindicatio oder Publiciana actio oder nach Umständen mit der hereditatis petitio belangt: so kann er retinendo (mittelst einer exceptio doli) für das Eingebaute in so weit Ersatz vom Kläger verlangen, als es unter die Kategorie desjenigen Aufwandes fällt, für welchen ein Besitzer bei den angeführten Klagen nach den Grundsätzen in § 143 und Arndts § 533 überhaupt Ersatz vom Kläger ansprechen kann (was sich sehr verschieden beantwortet, je nachdem der Aufwand nothwendig oder nützlich u. s. w., der Bauende bonae oder malae fidei possessor des Grundstücks war und je nachdem mit der rei vindicatio oder mit der hereditatis petitio geklagt wird); C. de R. V. 3, 32 cst. 5, 16, D. de R. V. 6, 1 l. 37, 38, l. 27 § 5, de her. pet. 5, 3 l. 38, 39, I. l. c. § 30, 32; hat er diesen Ersatz erhalten: so verbleibt dem Kläger durch die Ersatzleistung das tignum unwiderruflich; so fern aber der Besitzer nach jenen Grundsätzen keinen Ersatz ansprechen kann, hat er das in § 67 Beil. (Th. I S. 309) ausgeführte ius tollendi; C. l. c. cst. 5, D. de R. V. l. 37, de her. pet. l. 39 § 1. — Die Widersprüche, welche über das Retentionsrecht in diesen Fällen Bangerow (Pandekten I § 329 Anm. 1) in den Quellen finden will, existiren in der That gar nicht. Die Quellen versagen dem malae fidei possessor keineswegs das Retentionsrecht wegen Bauten überhaupt, sondern α. sie versagen es ihm, wenn er mit der rei vindicatio belangt wird, nur dann, wenn das Bauen unter die Kategorie von impensae utiles oder voluptuosae fällt, und geben es ihm bloß, wenn das Bauen unter die Kategorie von impensae necessariae fällt, eben weil bei der rei vindicatio ein malae fidei possessor bloß für necessariae impensae Ersatz verlangen kann; β. sie geben aber bei der hereditatis petitio dem malae fidei possessor nicht bloß, wenn das Bauen unter die Kategorie der necessariae, sondern auch, wenn es unter die der utiles impensae fällt, ein Retentionsrecht, eben weil ein malae fidei possessor, der mit der Erbschaftsklage belangt werden kann und wird, auch für impensae utiles Ersatz verlangen kann; s. die angeführten Stellen.

b. Besitzt er die Hauptsache nicht mehr: so hat er kein Rechtsmittel, um zu seinem Ersatz zu kommen; D. de R. V. l. 48, de dol. exc. 44, 4 l. 14, de condict. ind. 12, 6 l. 33; aber das unter I angeführte Recht verbleibt ihm, d. h. wenn das Gebaute durch irgend ein Ereignis aufgelöst wird: so lebt sein Eigenthum am Material wieder auf und er kann das Material vindiciren. Zwar versagen ihm selbst dieses Recht eine Pandekten- und eine Institutionenstelle, s. Arndts § 152 Anm. 4 Lit. g a. E.; allein eine Kodexstelle, die cst. 2 C. de R. V. 3, 32 giebt ihm entschieden dieses Recht, außer natürlich, er hätte die Absicht gehabt, das Material dem Eigenthümer des Bodens zu schenken (D. de don. 39, 5 l. 14), eine Entscheidung, die nach § 24 (oben Th. I S. 118) Nr. II als die geltende zu behandeln ist.

IV. Wenn der Eigenthümer des Bodens sich mit dem Eigenthümer des Materials über das Bauen vereinbart hatte oder sie sonst zu einander über die Hauptsache in einem besonderen Obligationsnexus stehen, z. B. in einer Societät, oder in einem Miethverhältnisse: so bestimmen sich die Grundsätze über die Ersatzfrage nach dem besonderen Inhalt der betreffenden Obligation, s. z. B. Arndts § 311 Note d. § 315 § 298 § 284 Note k und die Lehre vom Superficiarrecht s. unten § 165. Die Frage über Eigenthumserwerb aber bestimmt sich lediglich nach den angeführten Grundsätzen.

Beilage IV.

Das Pflanzen, sog. implantatio. Wird ein Baum oder irgend eine Pflanze in die einem Anderen gehörige Erde gepflanzt: so bleibt die Pflanze im Eigenthum ihres bisherigen Eigenthümers und kann daher von demselben vindicirt werden, so lange sie noch nicht Wurzel geschlagen hat; I. de R. D. 2, 1 § 31 verb. »antequam autem« ꝛc. D. de domin. 41, 1 l. 26 § 2. Sobald

aber das Gepflanzte Wurzeln in die fremde Erde geschlagen hat, verliert der bisherige Eigenthümer des Gepflanzten sein Eigenthum daran und es geht in das Eigenthum Dessen, dem der Boden gehört, über (s. die angeführten Stellen und D. de damno inf. 39, 2 l. 9 § 2 verb. »nec arbor« ꝛc.) und zwar unwiderruflich; es hat daher der frühere Eigenthümer des Gepflanzten nicht das Recht, mit einer actio ad exhibendum Trennung zu verlangen und dann die Sache zu vindiciren; er kann sie selbst dann nicht vindiciren, wenn sie später aus dem Boden herausgenommen wird, eben weil er sein Eigenthum unwiderruflich verloren hat, l. 26 § 2 cit. Der Grund der Unwiderruflichkeit ist hier, weil, sobald das Gepflanzte festgewachsen ist, es durch die fremde Erde Nahrung und neue Gestaltung erhalten hat; l. 26 § 2 cit. Einige römische Juristen wollten zwar dem gewesenen Eigenthümer der Pflanze eine vindicatio utilis auf Zurückgabe geben (über deren Bedeutung viel Streit ist); allein dies wird bloß als Ansicht einiger älteren Juristen in den Pandekten (D. de R. V. 6, 1 l. 5 § 3) historisch referirt, in den anderen angeführten Stellen aber, namentlich auch in l. 9 § 2 cit. eine Vindikation auf Herausgabe bestimmt verworfen, s. auch meine Ausführung in Weiske's Rechtslexikon Bd. I S. 23. Über die etwaige Ersatzpflicht in solchen Fällen gilt (abgesehen von den besonderen Fällen, in welchen die Adjunktion in Folge eines besonderen Rechtsverhältnisses, das zwischen den Partieen besteht, z. B. vom Pachter, Nießbraucher u. dergl. gemacht wurde; denn dann tritt das in Beil. III Nr. IV Bemerkte ein) Folgendes:

1) Wenn der Eigenthümer des Bodens eine fremde Sache (Baum ꝛc.) in seine Erde pflanzt und zwar:

a. mala fide, d. h. er wußte, daß die Sache ihm nicht gehöre: so ist dies ein furtum. Der gewesene Eigenthümer des Gepflanzten kann daher gegen ihn eine Klage auf vollen Schadenersatz anstellen und zwar eine condictio furtiva oder auch eine actio ad exhibendum und selbst eine rei vindicatio (nicht auf Herausgabe der Sache, sondern auf Ersatz ihres Werthes); denn der Pflanzende ist, weil er mala fide durch seine Handlung dem Kläger das Eigenthum der Pflanze entzog und somit die Vindikation unmöglich machte, als fictus possessor, der dolo desiit possidere nach den in § 143 Beil. II ausgeführten Grundsätzen zu behandeln; arg. I. l. c. § 26, D. ad exhibend. 10, 4 l. 9 pr. § 3 de tign. iunct. 47, 3 l. 1 § 2. Über die Konkurrenz dieser Ersatzklagen gilt das in § 96 Beil. I (Th. I S. 492) Ausgeführte.

b. Hielt er aber die Sache für die seinige, z. B. er hat den Baum von einem Dritten, den er irrig für den Eigenthümer hielt, gekauft, war er also in bona fide: so gilt das in § 143 Beil. II Lit. B Nr. 1 Lit. a, b Ausgeführte; er kann also mit einer persönlichen Klage auf den Werth, den das Gepflanzte zur Zeit des Pflanzens hatte, in so weit belangt werden, als er zur Zeit der Anstellung der Klage durch die noch in seinen Händen befindliche Sache bereichert ist; hat er aber die Sache gar nicht mehr, z. B. er hat sie später wieder herausgenommen und verkauft, verschenkt oder sonst verzehrt: so haftet er für Nichts, außer er hätte die Sache sine iusto titulo in seine Hände bekommen gehabt, in welchem Falle er auf den Werth Dessen, um was er etwa noch durch das Weggeben oder Verzehren der Sache bereichert ist, belangt werden kann. Wenn er aber die Sache aus Versehen (culpa) dem Eigenthümer weggenommen hatte: so findet gegen ihn die aquilische Klage auf Ersatz statt, mag er die Sache noch haben oder nicht.

2) Wenn der Eigenthümer des Baumes oder der Pflanze selbst es war, der die Sache in fremden Boden pflanzte, sei es, daß er irrig glaubte, der Boden gehöre ihm, oder wußte, daß der Boden ein fremder ist, und

a. er ist noch im Besitz des Bodens, z. B. des fremden Grundstückes, in das er seinen Baum pflanzte, und wird von Dem, welcher den Boden anzusprechen hat, mit einer dinglichen Klage (rei vindicatio oder Publiciana actio oder hereditatis petitio) auf Herausgabe des Grundstücks belangt: so fällt eben Das, was er pflanzte, unter die Kategorie eines Aufwandes, den er auf den

fremden Boden machte, und er kann daher retinendo (durch exceptio doli generalis) für das Gepflanzte dann und in so weit Ersatz vom Kläger verlangen, wenn und in wie weit das Pflanzen im konkreten Falle unter die Kategorie derjenigen impensae fällt, für welche der Besitzer bei der betreffenden Klage nach den Grundsätzen bei Arndts §§ 168 u. 533 Ersatz anzusprechen hat; C. de R. V. 3, 32 cst. 11, I. de R. D. 2, 1 § 32, D. de R. V. 6, 1 l. 48. Das oben in § 67 Beil., Nr. IV (Th. I S. 309) angeführte ius tollendi steht ihm aber nicht zu, weil der Bodeneigenthümer die Pflanze durch das Anwachsen unwiderruflich ins Eigenthum erworben hat; D. de R. V. l. 53 vgl. mit D. de domin. l. 26 § 2.

b. Wenn er aber die Hauptsache nicht mehr besitzt: so hat er kein Rechtsmittel auf Ersatz. Zwar wollen ihm hier Viele auch eine Klage auf den Betrag Dessen geben, was er im Fall von Lit. a excipiendo hätte fordern können. Allein die Quellen wissen Nichts von einer solchen Klage, s. die angeführten Stellen und meine Abhandlung im Rechtslexikon Bd. I S. 25.

3) Würde Jemand den Baum eines Anderen in den Boden eines Dritten gepflanzt haben: so hat der gewesene Eigenthümer des Baumes gegen den Eigenthümer des Bodens bloß die vorhin unter Nr. 1 b angeführten Rechtsmittel, gegen den Pflanzenden aber kann er dann auf Ersatz klagen, wenn Dieser wußte, daß ihm der Baum nicht gehörte (mit den unter Nr. 1, a angeführten Rechtsmitteln) oder wenn er aus Versehen den Baum dem Eigenthümer genommen hatte (mit der aquilischen Klage).

Steht ein Baum in der Nähe des benachbarten Grundstückes, aber so, daß er bloß aus dem diesseitigen Grundstücke herauswächst: so gehört er ausschließlich dem Eigenthümer dieses Grundstückes, sollten auch die Wurzeln (welche dem Letzteren als Baumeigenthümer auch gehören) in das benachbarte Grundstück sich verbreiten; wenn aber der Baum auf der Grenze zweier Grundstücke so steht, daß er nicht bloß in beide Wurzeln schlägt, sondern auch aus beiden Grundstücken herauswächst: so gehört jedem der Grundeigenthümer ein Theil des Baumes und zwar pro diviso, d. h. gerade das Stück, das auf seinem Grundstücke sichtbar herauswächst. Die Frage ist aber nicht unbestritten, indem Manche das Eigenthum der Bäume lediglich nach den Wurzeln bestimmen wollen; allein dies ist entschieden gegen einzelne Quellenstellen, und die Stellen, die Etwas der Art zu sagen scheinen, lassen sich mit den anderen auf die oben bemerkte Weise wohl vereinigen; s. D. arbor. furt. 47, 7 l. 6 § 2, comm. div. 10, 3 l. 19 pr., de domin. 41, 1 l. 7 § 13 l. 8, auch quod vi aut clam 43, 24 l. 22 pr., Bangerow Pand. I § 329 Anm. 2 Nr. 1. Wird aber im letzteren Falle der gemeinschaftliche Baum herausgenommen: so soll er nun nach l. 19 cit. den beiden Grundeigenthümern pro indiviso ins Miteigenthum gehören (die l. 83 D. pro soc. 17, 2 scheint das Gegentheil zu sagen, aber doch so unbestimmt, daß sie im Sinne der l. 19 auszulegen sein wird); die Größe des intellektuellen Antheils eines Jeden aber bestimmt sich natürlich nach der Größe des Werthes, den das Stück hatte, das aus seinem Grundstück herausgewachsen war, s. besonders cit. l. 83 a. E., Bangerow a. a. O. Nr. 2. Ganz so ist es auch bei Steinen, die auf der Grenze zweier Grundstücke sich finden l. 19 l. 83 cit. D. de domin. l. 8 § 1. Nur ist wohl zu beachten, daß alles Dieses bloß von Sachen gilt, die zum Grundstücke selbst als Theil gehören, also nicht etwa von einem Schatze der in das Grundstück vergraben ist; liegt dieser unter der Grenze so, daß er in beiden Grundstücken liegt: so fällt nach § 134 Beil. II dem Finder die eine Hälfte zu und die andere Hälfte theilen die Grundeigenthümer je nach dem Maaße, in welchem er in ihrem Grundstück liegt.

Bei dem Säen, der sog. satio, gilt das Gleiche, wie bei dem Pflanzen; I. de R. D. 2, 1 § 32.

II. Occupatio rerum nullius. — Schatz.

§ 134.

(Arndts § 154.)

Die Erwerbart des Eigenthums an herrenlosen Sachen stützt sich auf den natürlichen Grundsatz, daß eine Sache, die Niemandem gehört, Dem ins Eigenthum zufallen muß, der sich animo sibi habendi ihrer bemächtigt[1]. Es wird daher zu diesem Erwerb bloß erfordert, daß die Sache überhaupt möglicher Gegenstand des Eigenthums (in commercio) ist, dermalen aber in Niemandes Eigenthum steht und daß man sie in die Gewalt bringt, um sie sich anzueignen, also sie in seinen sog. Eigenthumsbesitz bringt, sei es in eigener Person[2], oder durch eine Mittelsperson[3].

Was den möglichen Gegenstand des Eigenthumserwerbs durch Occupation betrifft, so sind

A. über die Frage, in wie fern Sachen des Feindes gleichsam als res nullius gelten und durch Occupation erworben werden können, die Bestimmungen des römischen Rechts[4] durch das heutige Staats- und Völkerrecht ganz wesentlich geändert[5].

B. Wilde Thiere, die in ihrer natürlichen Freiheit sich befinden, sind in Niemandes Besitz[6] und in Niemandes Eigenthum. Wer daher ein solches Thier occupirt, erwirbt das Eigenthum an ihm[7]. Aber wir verlieren das Eigenthum an wilden Thieren wieder, sobald es dem Thiere gelingt, in seine natürliche Freiheit (und dadurch aus unserem Besitze) zurückzukommen. Dadurch wird es sofort wieder res nullius, und wenn nun ein Dritter es occupirt, wird dieser Eigenthümer[8]. — Bestritten ist aber bei uns sehr, ob bei jagdbarem Wild der Occupant das Eigenthum am Wilde auch dann erwirbt, wenn er es an einem Orte occupirt, in welchem er nicht das Jagdrecht hat. Diese Frage ist nicht bloß nach römischem Rechte, sondern auch nach dem gemeinen deutschen Recht (nach welchem sie

---

[1] Arndts l. c. Note a.
[2] Auf die oben in § 125 Beil. (Nr. I 1) angeführte Weise.
[3] Oben § 126 Beil. Nr. I 2. [4] Arndts l. c. Note d.
[5] Das Nähere hierüber gehört daher ins Völkerrecht und Partikularrecht.
[6] S. oben § 125 Beil. Nr. I 1. [7] Arndts l. c. Note c.
[8] D. de dominio 41, 1 l. 3 § 2; l. 5 pr. § 4; si quadrupes 9, 1 l. 1 § 10; l. de rer. divis. 2, 1 § 12—15.

fremden Boden machte, und er kann daher retinendo (durch exceptio doli generalis) für das Gepflanzte dann und in so weit Ersatz vom Kläger verlangen, wenn und in wie weit das Pflanzen im konkreten Falle unter die Kategorie derjenigen impensae fällt, für welche der Besitzer bei der betreffenden Klage nach den Grundsätzen bei Arndts §§ 168 u. 533 Ersatz anzusprechen hat; C. de R. V. 3, 32 cst. 11, I. de R. D. 2, 1 § 32, D. de R. V. 6, 1 l. 48. Das oben in § 67 Beil., Nr. IV (Th. I S. 309) angeführte ius tollendi steht ihm aber nicht zu, weil der Bodeneigenthümer die Pflanze durch das Anwachsen unwiderruflich ins Eigenthum erworben hat; D. de R. V. l. 53 vgl. mit D. de domin. l. 26 § 2.

b. Wenn er aber die Hauptsache nicht mehr besitzt: so hat er kein Rechtsmittel auf Ersatz. Zwar wollen ihm hier Viele auch eine Klage auf den Betrag Dessen geben, was er im Fall von Lit. a excipiendo hätte fordern können. Allein die Quellen wissen Nichts von einer solchen Klage, s. die angeführten Stellen und meine Abhandlung im Rechtslexikon Bd. I S. 25.

3) Würde Jemand den Baum eines Anderen in den Boden eines Dritten gepflanzt haben: so hat der gewesene Eigenthümer des Baumes gegen den Eigenthümer des Bodens bloß die vorhin unter Nr. 1 b angeführten Rechtsmittel, gegen den Pflanzenden aber kann er dann auf Ersatz klagen, wenn Dieser wußte, daß ihm der Baum nicht gehörte (mit den unter Nr. 1, a angeführten Rechtsmitteln) oder wenn er aus Versehen den Baum dem Eigenthümer genommen hatte (mit der aquilischen Klage).

Steht ein Baum in der Nähe des benachbarten Grundstückes, aber so, daß er bloß aus dem diesseitigen Grundstücke herauswächst: so gehört er ausschließlich dem Eigenthümer dieses Grundstückes, sollten auch die Wurzeln (welche dem Letzteren als Baumeigenthümer auch gehören) in das benachbarte Grundstück sich verbreiten; wenn aber der Baum auf der Grenze zweier Grundstücke so steht, daß er nicht bloß in beide Wurzeln schlägt, sondern auch aus beiden Grundstücken herauswächst: so gehört jedem der Grundeigenthümer ein Theil des Baumes und zwar pro diviso, d. h. gerade das Stück, das auf seinem Grundstücke sichtbar herauswächst. Die Frage ist aber nicht unbestritten, indem Manche das Eigenthum der Bäume lediglich nach den Wurzeln bestimmen wollen; allein dies ist entschieden gegen einzelne Quellenstellen, und die Stellen, die Etwas der Art zu sagen scheinen, lassen sich mit den anderen auf die oben bemerkte Weise wohl vereinigen; s. D. arbor. furt. 47, 7 l. 6 § 2, comm. div. 10, 3 l. 19 pr., de domin. 41, 1 l. 7 § 13 l. 8, auch quod vi aut clam 43, 24 l. 22 pr., Bangerow Pand. I § 329 Anm. 2 Nr. 1. Wird aber im letzteren Falle der gemeinschaftliche Baum herausgenommen: so soll er nun nach l. 19 cit. den beiden Grundeigenthümern pro indiviso ins Miteigenthum gehören (die l. 83 D. pro soc. 17, 2 scheint das Gegentheil zu sagen, aber doch so unbestimmt, daß sie im Sinne der l. 19 auszulegen sein wird); die Größe des intellektuellen Antheils eines Jeden aber bestimmt sich natürlich nach der Größe des Werthes, den das Stück hatte, das aus seinem Grundstück herausgewachsen war, s. besonders cit. l. 83 a. E., Bangerow a. a. O. Nr. 2. Ganz so ist es auch bei Steinen, die auf der Grenze zweier Grundstücke sich finden l. 19 l. 83 cit. D. de domin. l. 8 § 1. Nur ist wohl zu beachten, daß alles Dieses bloß von Sachen gilt, die zum Grundstücke selbst als Theil gehören, also nicht etwa von einem Schatze der in das Grundstück vergraben ist; liegt dieser unter der Grenze so, daß er in beiden Grundstücken liegt: so fällt nach § 134 Beil. II dem Finder die eine Hälfte zu und die andere Hälfte theilen die Grundeigenthümer je nach dem Maaße, in welchem er in ihrem Grundstück liegt.

Bei dem Säen, der sog. satio, gilt das Gleiche, wie bei dem Pflanzen; l. de R. D. 2, 1 § 32.

II. Occupatio rerum nullius. — Schatz.

§ 134.

(Arndts § 154.)

Die Erwerbart des Eigenthums an herrenlosen Sachen stützt sich auf den natürlichen Grundsatz, daß eine Sache, die Niemandem gehört, Dem ins Eigenthum zufallen muß, der sich animo sibi habendi ihrer bemächtigt[1]. Es wird daher zu diesem Erwerb bloß erfordert, daß die Sache überhaupt möglicher Gegenstand des Eigenthums (in commercio) ist, dermalen aber in Niemandes Eigenthum steht und daß man sie in die Gewalt bringt, um sie sich anzueignen, also sie in seinen sog. Eigenthumsbesitz bringt, sei es in eigener Person[2], oder durch eine Mittelsperson[3].

Was den möglichen Gegenstand des Eigenthumserwerbs durch Occupation betrifft, so sind

A. über die Frage, in wie fern Sachen des Feindes gleichsam als res nullius gelten und durch Occupation erworben werden können, die Bestimmungen des römischen Rechts[4] durch das heutige Staats- und Völkerrecht ganz wesentlich geändert[5].

B. Wilde Thiere, die in ihrer natürlichen Freiheit sich befinden, sind in Niemandes Besitz[6] und in Niemandes Eigenthum. Wer daher ein solches Thier occupirt, erwirbt das Eigenthum an ihm[7]. Aber wir verlieren das Eigenthum an wilden Thieren wieder, sobald es dem Thiere gelingt, in seine natürliche Freiheit (und dadurch aus unserem Besitze) zurückzukommen. Dadurch wird es sofort wieder res nullius, und wenn nun ein Dritter es occupirt, wird dieser Eigenthümer[8]. — Bestritten ist aber bei uns sehr, ob bei jagdbarem Wild der Occupant das Eigenthum am Wilde auch dann erwirbt, wenn er es an einem Orte occupirt, in welchem er nicht das Jagdrecht hat. Diese Frage ist nicht bloß nach römischem Rechte, sondern auch nach dem gemeinen deutschen Recht (nach welchem sie

---

[1] Arndts l. c. Note a.
[2] Auf die oben in § 125 Beil. (Nr. I 1) angeführte Weise.
[3] Oben § 126 Beil. Nr. I 2. [4] Arndts l. c. Note d.
[5] Das Nähere hierüber gehört daher ins Völkerrecht und Partikularrecht.
[6] S. oben § 125 Beil. Nr. I 1. [7] Arndts l. c. Note c.
[8] D. de dominio 41, 1 l. 3 § 2; l. 5 pr. § 4; si quadrupes 9, 1 l. 1 § 10; l. de rer. divis. 2, 1 § 12—15.

ſehr beſtritten iſt) entſchieden zu bejahen[9]. Bei dieſer Frage trennt das römiſche Recht genau die Frage über die Berechtigung zur Jagd von der Frage über Eigenthumserwerb des Occupirenden[10]. Nach ihm hat, was auch allein der Gerechtigkeit entſpricht, das ausſchließliche Jagdrecht auf Grundſtücken nur der Grundeigenthümer, oder wenn ein Dritter den Nießbrauch am Grundſtück hat, der Nießbraucher; die Erträgniſſe der Jagd gehören zu den Revenuen des Grundſtücks[11].

Aber den Erwerb des Eigenthums am Wilde beſtimmt es nicht (ſubjektiv) nach dem Jagdrechte, ſondern lediglich objektiv nach der Beſitzergreifung, indem es mit Recht davon ausgeht: eine res nullius, die der Menſch in ſeine Gewalt gebracht und ſich angeeignet hat, kann unmöglich mehr nullius ſein; da nun das wilde Thier Niemandem gehörte, ſo muß es Dem zufallen, der es zuerſt occupirt. Wenn daher Jemand auch im fremden Grundſtück, alſo widerrechtlich jagt: ſo erwirbt er doch das Eigenthum am occupirten Wild[12]. Aber wegen ſeiner Widerrechtlichkeit kann er beſtraft werden; der jagdberechtigte Grundeigenthümer kann gegen ihn wegen iniuria klagen und zwar nach ſeiner Wahl, auf Privatſtrafe oder auf öffentliche[13]. Er kann aber nicht wegen furtum gegen ihn klagen, alſo auch nicht vom Wilderer das occupirte Wild mit einer condictio furtiva herausfordern, da an herrenloſen Sachen ein furtum nicht begangen werden kann[14].

Daſſelbe gilt auch von den Fiſchen; ſie ſind, ſo lange ſie in ihrer natürlichen Freiheit ſich befinden, in Niemandes Beſitz[15] und in Niemandes Eigenthum. Das Eigenthum an ihnen wird nur, aber ſtets durch Occupation erworben[16]. Wenn daher Jemand in einem fließenden Waſſer fiſcht, in welchem zu fiſchen er nicht das Recht hat: ſo greift er zwar in fremde Fiſchrechte ein und macht ſich dadurch ſtraf-

---

[9] Das Nähere hierüber ſ. in Beil. I. Vgl. Meine Abhandlung Das Jagdrecht und die Jagdvergehen. Leipzig 1868, 1869.

[10] Auch das römiſche Recht nämlich unterſcheidet, was Viele überſehen, Jagdberechtigte und Nichtjagdberechtigte.

[11] De de usufr. 7, 1 l. 9 § 5; Paulus Rec. sent. Lib. III Tit. 6 § 22, 45.

[12] Meine angeführte Abhandlung § 2, 3.

[13] D. de domin. 41, 1 l. 3 § 1, de iniur. 47, 10 l. 13 § 7 l. 45; I. de rer. divis. 2, 1 § 12.

[14] D. de furt. 47, 2 l. 26 pr.

[15] Oben § 125 Beil. Nr. I 1.

[16] D. de domin. 41, 1 l. 1 § 1.

bar; aber das Eigenthum an den Fischen erwirbt er nach gemeinem Rechte durch die Occupation.

Wird ein wildes Thier occupirt, also das Eigenthum daran erworben und dann allmählich gezähmt, d. h. an den Menschen gewöhnt (animal mansuefactum), so gilt von ihm in Beziehung auf Verlust des Eigenthums, was vom wilden Thiere gilt. Solche gezähmte Thiere, deren Gattung wild ist, werden nämlich res nullius, wenn sie wieder in ihre natürliche Freiheit kommen (ihrem Eigenthümer entkommen, in völliger Freiheit sind) und die consuetudo revertendi ablegten (also wieder wild werden). Sie können dann von jedem Dritten occupirt werden und der Occupant wird Eigenthümer des Thieres und ist nicht verbunden, es dem früheren Eigenthümer zurückzugeben [17].

C. Herrenlos sind ferner Sachen, von denen der veräußerungsfähige Eigenthümer sich in der Absicht getrennt hat, sein Eigenthum aufzugeben (res derelictae); sie fallen dem nächsten Occupanten zu [18].

D. Von diesen res nullius muß man wohl unterscheiden:

1) Zahme Thiere, d. h. Thiere, deren Gattung zahm ist. Bei diesen gilt über Eigenthumserwerb Das, was von Sachen überhaupt gilt. Sie bleiben natürlich im Eigenthum ihres Eigenthümers, sollten sie auch ihm davon laufen [19].

2) Sachen, an denen der Eigenthümer zwar den Besitz, aber nicht das Eigenthum aufgegeben, von denen er in einer andern Absicht sich getrennt hat, z. B. die er wegwarf, um sich aus einer Gefahr zu ziehen. Diese Sachen sind nicht derelictae, bleiben also im Eigenthum des bisherigen Eigenthümers [20].

3) Verlorene Sachen, wohin auch Sachen gehören, die man auswärts liegen ließ (z. B. in einem Eisenbahnwagen), ohne mehr den Ort zu wissen, wo sie liegen [21]. Durch Verlieren einer Sache

---

[17] D. de domin. 41, 1 l. 5 § 5; I. de rer. divis. 2, 1 § 15. So auch das Sächsische GB. § 289. Diese Bestimmung ist aber legislativ sehr bedenklich.

[18] Arndts l. c. Note e. Vgl. oben § 69 Beil. III Nr. I 1 b (Th. I S. 336).

[19] D. de domin. 41, 1 l. 5 § 6 l. 44; I. l. c. § 16.

[20] I. de rer. div. 2, 1 § 48; D. de domin. 41, 1 l. 9 § 8; de furt. 47, 2 l. 43 § 11.

[21] Durch verlorene Sachen bezeichnen wir bewegliche Sachen, welche in unserer faktischen Gewalt (detentio oder possessio) waren, aber lediglich dadurch aus ihr kamen,

geht zwar der Besitz (factum) derselben in der Regel verloren[22], aber natürlich nicht das Eigenthum; der Finder darf sie zwar an sich nehmen, aber nur als detentor, um sie dem Verlierer zu sichern und wiederzugeben (also als negotiorum gestor des Eigenthümers)[23]. Aber er darf sie sich nicht aneignen; eignet er sie sich an, so macht er sich dadurch einer Unterschlagung schuldig[24].

Manche Landesrechte bestimmen aber, daß der Fund dem Finder unter gewissen Umständen zufalle oder er ihm von der Behörde zugesprochen werden kann. Allein dies ist bloß partikularrechtlich. Etwas dieser Art hat sich keineswegs, wie Manche glauben, in Deutschland zum gemeinen Recht durchgebildet. Vielmehr bilden auch hier die Bestimmungen des römischen Rechts das gemeine Recht.

Nach gemeinem Recht kann der Eigenthümer der gefundenen Sache sie dem Besitzer (auch der Verlierer dem Finder[25]) stets abfordern durch Publiciana actio, rei vindicatio u. dergl., so lange sie nicht nach den gewöhnlichen Verjährungsgrundsätzen von Jemandem ersessen oder der Anspruch verjährt ist.

Auch das Recht des Finders auf einen Finderlohn ist bloß partikularrechtlich[26].

4) [27] Schatz, thesaurus, im eigentlichen Sinne, sind bewegliche Sachen von Werth, die in einer andern Sache, sei diese ein Grundstück oder eine Mobilie, seit langer Zeit verborgen liegen, so daß man ihren Eigenthümer gar nicht mehr ermitteln kann[28]. Ein solcher Schatz ist nicht Theil der Sache, in der er liegt[29]; auch gehört er nicht zu den res nullius, da er gar wohl noch einen Eigenthümer haben kann (nur weiß man es nicht). Hiernach können bei einem Schatz weder, wie Viele wollen, die Grundsätze der Accession, noch die der Occupation maßgebend sein[30]. Mit Recht gehen deßhalb

---

daß wir den Ort, wo sie sich befinden, nicht mehr wissen (so fern sie nicht noch in unserer custodia sind). Diese sind natürlich nicht Gegenstand der Occupation.

[22] Vgl. oben § 127. Anders, wenn innerhalb unseres Gewahrsams.

[23] D. de furt. 47, 2 l. 43 § 7, 8.

[24] D. de furt. 47, 2 l. 43 § 4; de domin. 41, 1 l. 5 § 6; de R. V. 6, 1 l. 67 a. E. Vgl. oben § 128 Beil. Lit. F II 4.

[25] Oben § 128 l. c. [26] D. de furt. 47, 2 l. 43 § 9.

[27] Viele (auch Arndts) zählen die Erwerbung eines Schatzes zur Occupation; Andere zur Accession. Allein Beides ist unrichtig.

[28] D. de domin. 41, 1 l. 31 § 1; Cod. de thesaur. 10, 15 cst. un.

[29] Vgl. oben § 61 Anm. 1 (Th. I S. 283).

[30] S. die Beil. II Nr. I.

unſere Quellen einen Mittelweg; ſie theilen den Schatz nach Äquitätsgrundſätzen zwiſchen dem Eigenthümer der Sache, in der er gefunden ward, und dem Finder[31]. Wohl zu beachten iſt aber, daß dieſe Grundſätze dann nicht eintreten, wenn der Eigenthümer der gefundenen Sachen ermittelt wird; dann ſind ſie nicht eigentlicher Schatz, ſondern heißen nur im vulgären Sinne Schätze (thesaurus)[32]. Solche Sachen kann der Eigenthümer, wenn er ſein Eigenthum nachweiſen kann, vindiciren[33].

Wenn Derjenige, der einen ſolchen Schatz anſpricht, nicht ſein Eigenthum beweiſen, aber nachweiſen kann, daß er die Sachen im Uſukapionsbeſitz (iusto titulo) gehabt habe, ſo kann er ſie mit der Publiciana fordern[34].

Iſt aber die Eigenthumsfrage außer Zweifel und auch vom Beſitzer der Sache, in welcher der uneigentliche Schatz ſich befand, nicht beſtritten, dieſer aber will dem Eigenthümer nicht geſtatten, die Sachen zu holen, ſo hat der Letztere zu dieſem Zweck eine actio ad exhibendum oder ein interdictum de thesauris, nur muß er (der Kläger) Kaution leiſten, daß er jeden Schaden erſetzen wolle, der durch das Herausholen dem Beſitzer entſtehen könnte[35].

Beilage I.

Jagdrecht. Das ältere deutſche Recht ging auch von dem Grundſatze aus, daß nur der Grundeigenthümer zur Jagd auf ſeinem Grundſtücke berechtigt ſei. Im 16. Jahrhunderte aber bildete ſich in den meiſten Provinzen Deutſchlands ein ungerechtfertigtes ſog. Jagdregal, nach welchem das Jagdrecht auf den Grundſtücken des Landes in der Regel bloß dem Landesherrn oder Demjenigen, dem er es verlieh oder der es durch Verjährung erwarb, zuſtehen ſoll. Zwar wurde dieſes Regal in unſeren Zeiten durch die ſog. Grundrechte im Jahre 1849 ſehr mit Recht für aufgehoben erklärt und in Folge davon in den meiſten deutſchen Staaten beſeitigt und der Grundſatz, daß an ſich nur dem Grundeigenthümer das Jagdrecht zuſtehe, wieder anerkannt. Aber aus polizeilichen Gründen iſt den kleineren Grundeigenthümern die unmittelbare Ausübung ihres Jagdrechts unterſagt; ſie müſſen dasſelbe in der Regel in Gemeinſchaft mit anderen kleineren Grundeigenthümern eines Bezirks an Andere verpachten oder nach manchen Rechten durch einen Beauftragten ausüben laſſen und ſo haben auch

[31] Die näheren Beſtimmungen ſ. in Beil. II Nr. II—V. — Findet ihn ein bonae fidei possessor rei, ſo hat er an der Hälfte, die dem Eigenthümer zufällt, bonae fidei possessio; der Eigenthümer kann ſie von ihm vindiciren. Nicht zu billigen iſt die Beſtimmung des Sächſiſchen GB. in § 236.

[32] D. de domin. 41, 1 l. 31 § 1.

[33] D. de R. V. 6, 1 l. 67; de domin. § 1 cit.; famil. herc. 10, 2 l. 22 pr.

[34] Denn der Beſitzer des Grundſtücks, in welchem der Schatz lag, konnte ihn nicht uſukapiren, weil er gar nicht Beſitzer des Schatzes war.

[35] D. ad exhib. 10, 4 l. 15.

dermalen vielfach Dritte das Recht, auf fremdem Grund und Boden zu jagen. — Allein dadurch sind die Grundsätze über Eigenthumserwerb am Wilde, wie sie das römische Recht ausspricht und die Natur der Sache mit sich bringt, keineswegs geändert. Wer in einem Reviere, auf dem ihm das Jagdrecht nicht zusteht, Wild occupirt, begeht zwar einen widerrechtlichen Eingriff in fremde Jagdrechte und ist als Jagdfrevler zu bestrafen; aber das Eigenthum am Wilde erwirbt er durch seine Occupation, kann also auch durch Veräußerung des Wildes an einen Dritten auf diesen das Eigenthum übertragen. Nur geht das deutsche Recht wohl durchaus davon aus, daß der Jagdberechtigte das vom Wilderer occupirte Wild von *diesem* und auch von dem Partirer, d. h. Demjenigen, der von der widerrechtlichen Occupirung wissend das Wild vom Wilderer erwarb, mit einer *persönlichen* Klage abfordern kann. — Viele aber bestreiten den Eigenthumserwerb des Wilderers und zwar:

1) behaupten Manche, der Wilderer könne nicht Eigenthum erwerben, weil man durch eine widerrechtliche Handlung nicht ein Recht erwerben könne. Dies ist aber eine unbegreifliche Behauptung, die schon durch die Grundsätze der Accession widerlegt wird. Wer einen Baum stiehlt und in seinen Garten pflanzt, wird, was Niemand bestreitet, Eigenthümer des Baumes, sobald derselbe festgewachsen ist, obwohl er ihn gestohlen hat; § 133 Beil. IV.

2) Andere behaupten, das Jagdrecht sei nach deutschem Rechte in *der* Art ein *ausschließliches* Recht, daß nur der Jagdberechtigte die Fähigkeit habe, jagdbares Wild durch Occupation zu erwerben. Allein eine ausschließliche Occupations*fähigkeit* in diesem Sinne läßt sich wohl nach gemeinem Rechte nicht beweisen; nur einzelne Partikularrechte geben dem Jagdrechte eine solche anomale Bedeutung, namentlich auch das Sächsische Gesetzbuch § 241. Dabei sind aber die Vertheidiger dieser Ansicht unter sich im Streite über den Eigenthumserwerb des Jagdberechtigten. Denn a. ein Theil behauptet, in dem Momente, in welchem der Wilderer das Wild occupire, erwerbe das Eigenthum desselben der Jagdberechtigte, indem der Wilderer hier gleichsam als negotiorum gestor, als fingirter Stellvertreter des Jagdberechtigten gelten müsse. Allein dies ist eine Fiktion, die von keiner deutschen Rechtsquelle aufgestellt wird und gegen alle Principien streitet, da ja der Wilderer gar nicht als Stellvertreter des Jagdberechtigten handelt. — b. Andere behaupten, das vom Wilderer occupirte Wild bleibe herrenlos, bis es dem Jagdberechtigten gelinge, es in seinen Besitz zu bringen. Dies würde allerdings aus der Annahme einer ausschließlichen Occupationsfähigkeit des Jagdberechtigten folgen, und so bestimmt es auch das Sächsische Gesetzbuch. Allein gemeines Recht ist dies nicht, da jene Annahme aus Quellen des gemeinen Rechts sich nicht beweisen lassen wird; auch würde diese Ansicht in der Anwendung auf manche Zweifel und Unzuträglichkeiten führen.

Beilage II.

Bei dem *Schatz*, *thesaurus*, im eigentlichen Sinne, d. h. Sachen von Werth, die in einer anderen Sache seit so langer Zeit verborgen waren, daß der Eigenthümer der Sachen nicht mehr zu ermitteln ist (D. de domin. 41, 1 l. 31 § 1), muß man unterscheiden:

I. Das Verhältnis des Schatzes *an sich*, das sehr häufig unrichtig aufgefaßt wird.

1) Der Schatz ist *nicht eine Accession der Sache*, in welcher er verborgen ist; denn er ist ja nicht ein Theil derselben, sondern nur in die Sache gelegt; es können daher bei ihm die Accessionsgrundsätze nicht maßgebend sein; D. solut. matr. 24, 3 l. 7 § 12 a. E. Es entspricht aber gewiß der aequitas, daß, wenn in einer Sache Gegenstände, deren Eigenthümer sich gar nicht mehr ermitteln läßt, gefunden werden, wenigstens ein *Theil* derselben *dem Eigenthümer jener Sache* zugesprochen wird.

2) Man kann auch die Schätze *nicht* unbedingt res *nullius* nennen. Denn es ist wohl möglich und wird sogar in der Regel der Fall sein, daß der

Schatz noch einen Eigenthümer hat; nur ist dieser Eigenthümer nicht mehr zu ermitteln, und so steht auch der Schatz, welcher wirklich noch einen Eigenthümer hat, doch der That nach in einem ähnlichen Verhältniß, als ob er keinen Eigenthümer hätte (so in wohl l. 31 § 1 cit. zu nehmen, s. auch C. de thesaur. 10, 15 cst. un. verb. »id est condita ab ignotis dominis tempore vetustiore mobilia«). Deßhalb ist es ebenfalls der aequitas gemäß, dem Finder des Schatzes einen Theil desselben zuzusprechen.

3 Daraus, daß bei Schätzen weder die Accessionsgrundsätze noch die Grundsätze über Occupation wirklicher rerum nullius maßgebend sind und nur die aequitas auf Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte führt, erklärt es sich, daß das römische Recht über die rechtliche Behandlung der Schätze schwankte und in den verschiedenen Zeiten wechselte. Die Grundlage des geltenden Rechts bildet ein Reskript von Hadrian, dessen Inhalt zwar später abgeändert, aber von Kaiser Leo wiederhergestellt (C. de thesaur. 10, 15 cst. un.; und von Justinian in l. de rer. div. 2, 1 § 39 bestätigt wurde.

II. Das Recht des Finders eines Schatzes. Diesem fällt die Hälfte des Schatzes zu; l. l. c., C. de thesaur. cst. un. a. E. verb. »Quod si forte« ꝛc. D. de domin. 41, 1 l. 63. Man darf aber nicht eigenmächtig in einer fremden Sache nach Schätzen suchen. Soll daher Demjenigen, der im Grundstücke eines Anderen einen Schatz findet, die Hälfte als Finder zufallen: so muß er wenn er nicht bonae fidei possessor des Grundstücks ist, den Schatz zufällig gefunden haben; suchte er eigenmächtig und unbefugt nach demselben: so fällt die Finderhälfte und somit der ganze Schatz (s. Nr. III) dem Eigenthümer der Sache zu, in welcher er gefunden wurde; cst. un. cit. verb. »In alienis vero« ꝛc. vgl. auch unten Nr. V. — Die Quellen geben diese Finderhälfte lediglich dem Finder als solchem (»inventori; si quis . . invenerit«), also Dem, der das Dasein des Schatzes entdeckte, ohne irgend etwas Weiteres dazu zu fordern. Es ist daher zum Eigenthumserwerb der Finderhälfte nicht, wie man gewöhnlich annimmt, nöthig, daß der Finder den Schatz hebt und in der Absicht ihn sich anzueignen, in seinen Besitz bringt (occupirt); keine Quellenstelle verlangt Dieses, auch nicht D. de poss. 41, 2 l. 3 § 3 l. 44 pr.; denn diese Stellen handeln bloß von der Frage, wie man den Besitz einer in einem Grundstücke verborgenen oder vergrabenen Sache erwerbe, namentlich den eines sog. uneigentlichen Schatzes, ohne aber die Besitzerwerbung irgend zur Bedingung des Erwerbs des Eigenthums an der Finderhälfte eines eigentlichen Schatzes zu machen. Deßhalb erwirbt auch ein Willensunfähiger, z. B. ein Kind, durch Finden die Hälfte des Schatzes.

III. Das Recht des Eigenthümers der Sache, in welcher ein Schatz gefunden wird. — Diesem gehört an sich ebenfalls die Hälfte des Schatzes (vgl. Nr. V). Er muß daher den Schatz mit Dem, der ihn zufällig fand, theilen; wenn er aber in seiner eigenen Sache einen Schatz fand: so gehört ihm der ganze Schatz, die Hälfte als Finder, die Hälfte als Eigenthümer der Sache; l. § 39 cit., D. de domin. l. 63 (das princ. dieser l. erklärt sich daraus, daß nach dem klassischen römischen Recht in der Regel Alles, was ein Hauskind erwarb, seinem Hausvater zufiel, wie die Erwerbungen des Sklaven dem Herrn; fand daher das Hauskind einen Schatz: so gehörte jedenfalls die Finderhälfte dem Hausvater. Dieses galt aber nicht mehr im neuesten römischen Recht und gilt nicht mehr bei uns; die Finderhälfte verbleibt dem findenden Hauskinde und gehört zu seinen bona adventitia). — Nur soll ein Eigenthümer in seinen Sachen nicht sceleratis ac puniendis sacrilegiis aut alia qualibet arte legibus odiosa nach Schätzen suchen; thut er es doch und findet zufällig einen Schatz: so verwirkt er den ganzen Schatz an den Fiskus; cst. un. cit. Letzteres könnte aber bei uns bloß dann angewendet werden, wenn der Eigenthümer beim Suchen nach Schätzen solche Mittel anwendete, durch die er nach dem jetzt bestehenden Strafrecht ein Verbrechen begehen würde, und es ist deßhalb zu allgemein, wenn gewöhnlich gesagt wird, daß er durch Anwendung von Zauberkünsten das Recht auf den Schatz verwirke, da bloße Zau-

bereiversuche an und für sich, wenn nicht eine Blasphemie ꝛc. damit verbunden ist, bei uns nicht mehr ein Verbrechen bilden.

IV. Aus den Grundsätzen unter II und III folgt, daß wenn Jemand in einer dem Staate gehörigen Sache einen Schatz zufällig findet, ihm die Hälfte gehört, die andere Hälfte dem Staate zufällt; I. de R. D. § 39. Nur tritt hier das Besondere ein, daß der Finder, wenn er dem Staate die diesem zukommende Hälfte unterschlägt, zur Strafe seine Finderhälfte an den Fiskus verwirkt; D. de iur. fisc. 49, 14 l. 3 § 11.

Die Frage wie es gehe, wenn Jemand einen Schatz in einem locus religiosus, z. B. in einem Gottesacker, oder in einem locus sacer findet, ist nicht unbestritten und wird häufig falsch beantwortet. Allerdings finden sich darüber verschiedene Entscheidungen in den römischen Quellen. Nach D. de iure fisci l. 3 § 10 soll die Hälfte eines in einem locus religiosus gefundenen Schatzes dem Fiskus zufallen, also nur die andere Hälfte dem Finder gehören. Allein Justinian bestätigte in den I. de R. D. § 39 eine ältere Bestimmung Hadrians, nach welcher der in einem locus religiosus oder sacer gefundene Schatz dem Finder ganz zufallen soll, was nach römischem Recht ganz konsequent war, da kein Eigenthümer der Sache, in welcher der Schatz gefunden wurde, da ist, indem ja nach römischem Recht der locus religiosus und sacer eine res nullius war (oben § 60 Beil. I Th. I S. 274 f.). Allein unbegreiflicher Weise streitet man darüber, was nun bei uns in dieser Hinsicht gelte, namentlich ob die Entscheidung der l. 3 § 10 cit. oder ob die Entscheidung des § 39 cit. ganz oder theilweise als die maßgebende anzunehmen sei, s. auch Arndts § 154 Anm. 5. Würde hier nach römischem Recht zu entscheiden sein: so könnte es gar keinen Zweifel leiden, daß die von Justinian ausdrücklich im § 39 cit. bestätigte Bestimmung Hadrians gelte und die l. 3 § 10 cit. bloß als historische Notiz zu behandeln sei. Allein das römische Recht kann hier gar nicht maßgebend sein, da es sich auf Prämissen stützt, die bei uns nicht mehr gelten, nämlich darauf, daß der locus sacer und religiosus eine res nullius war; bei uns aber ist dies ja ganz anders s. oben § 60 Beil. I Th. I S. 276. Wenn daher bei uns Jemand an einem dem Gottesdienste geweihten Orte oder in einem Orte, wo ein Todter begraben liegt, einen Schatz zufällig findet: so gehört dem Finder die Hälfte, dem Eigenthümer jener Orte (oben § 60 l. c. Lit. B I, II) die andere Hälfte (Nr. III), und wenn der Finder eigenmächtig nach dem Schatze gesucht hatte, fällt der ganze Schatz dem Eigenthümer jener Orte zu (Nr. II a. E.).

V. Sehr bestritten ist noch die Frage, wie und aus welchem Grunde der Finder und der Eigenthümer der Sache, in welcher der Schatz gefunden wurde, ihren Theil am Schatze erwerben. Manche sagen, der Finder erwerbe den ganzen Schatz durch occupatio ins Eigenthum, nur sei er obligirt, an den Eigenthümer der Sache die Hälfte abzugeben, so daß also Dieser ihn bloß mit einer persönlichen Klage auf Herausgabe der Hälfte belangen könnte. Diese Auffassung würde auch für das Kriminalrecht wichtig sein, indem nach ihr der Finder, wenn er den Schatz ganz sich aneignet und dem Eigenthümer den Fund verheimlicht, eine Unterschlagung an der dem Eigenthümer gebührenden Hälfte nicht begehen würde, da er ja nach dieser Ansicht auf legale Weise am ganzen Schatz das Eigenthum erworben und nur die persönliche Verbindlichkeit hätte, die Hälfte an den Eigenthümer abzugeben. Andere sagen, der Finder könne bloß die Hälfte iure occupationis erwerben, dem Eigenthümer der Sache aber, in welcher der Schatz gefunden wurde, falle das Eigenthum der anderen Hälfte iure accessionis zu. — Allein die Unrichtigkeit dieser beiden Ansichten ergiebt sich aus dem unter I und II Gesagten. Was aber noch besonders die erstere Ansicht, nach welcher der Finder den ganzen Schatz erwerben und nur zur Abgabe der Hälfte obligirt sein soll, betrifft: so stützt sie sich besonders darauf, daß die cst. un. de thesaur. sage, der Finder »id, quod repertum fuerit, dimidia retenta, altera dimidia data, cum locorum domino partiatur«, und wenn er unbefugt nach dem Schatze gesucht habe, »totum locorum domino reddere compellatur«. Allein damit ist keineswegs

gesagt, daß der Finder Eigenthümer des Ganzen werde und nur vermöge einer Obligation die Hälfte abzugeben habe; auch bedienen sich alle andere Stellen solcher Ausdrücke, welche entschieden dafür sprechen, daß unmittelbar durch das Finden dem Finder die Hälfte und dem Eigenthümer der Sache, in welcher der Schatz verborgen war, die andere Hälfte ins Eigenthum zufalle; vergl. I. de R. D. § 39, wo bei einem in kaiserlichen oder fiskalischen oder städtischen Grundstücken gefundenen Schatze gesagt ist: »dimidium inventoris, dimidium Caesaris esse ... dimidium ipsius (d. h. inventoris) esse, dimidium fisci vel civitatis«, und ebenso ist in D. de domin. l. 63 § 1—3 immer die Rede von »pars, quae inventori cedit, pars, quae domino cedit« und auch l. 63 pr. eod. bedient sich solcher Ausdrücke, bei denen nur angenommen werden kann, daß unmittelbar durch das Finden des Schatzes der Finder an der Hälfte und der Eigenthümer der Sache, in welcher der Schatz gefunden wurde, an der anderen Hälfte (oder im Falle von Nr. II i. d. M., oder, wenn er selbst den Schatz fand, am ganzen Schatz) in Folge einer gesetzlichen Bestimmung (also durch sog. transitus legalis dominii) das Eigenthum erwerbe. Wenn daher der Finder sich den ganzen Schatz aneignet, um dem Eigenthümer der Sache dessen Hälfte zu entziehen: so begeht er eine Unterschlagung (nach römischem Recht ein furtum), eben weil diese andere Hälfte ihm gar nicht gehört.

III. Umgestaltung, sogenannte specificatio*.

§ 135.

(Arndts § 155.)

Sog. specificatio[1] ist die Verarbeitung und Umbildung in der Art, daß eine neue eigenthümliche Sache daraus gemacht wird (nova species fit), z. B. wenn aus einem Baum oder Balken ein Tisch oder ein Schrank gemacht wird, aus Trauben Wein, aus Korn Mehl, aus Mehl Brot, aus einer Silbermasse ein Becher[2]. Dagegen ist es keine specificatio, wenn eine Frucht bloß ausgehülst oder ausgedroschen wird, weil hier eine eigentliche Umgestaltung nicht mit ihr eintritt; ferner ist es nicht Specifikation, wenn eine Sache angemalt, oder wenn ein Thier getödtet und zerlegt wird; auch nicht wenn flüssige Sachen bloß zusammengeschüttet werden[3].

Über die Frage nun, wie es sich mit dem Eigenthum verhalte, wenn Jemand aus fremden Sachen oder theils aus fremden, theils aus eigenen Sachen für sich eine neue macht oder durch einen Anderen machen läßt, stritten die klassischen römischen Juristen sehr und in

---

* Eine sehr gründliche und scharfsinnige Arbeit über diese Lehre giebt Fitting im Arch. f. civil. Praxis Bd. 48 S. 1 ff., 149 ff., 311 ff.

[1] Die Römer hatten für Das, was wir specificatio nennen, keinen Kunstausdruck und umschrieben es durch nova species fit.

[2] Arndts l. c. Anm. 2. [3] Oben § 133 Beil. II Nr. II 2 c.

den Digesten finden sich noch viele Spuren des Streits. Namentlich meinte ein Theil der römischen Juristen, die Sabinianer, der Stoff gebe den Ausschlag; die neue Sache müsse daher im Eigenthum des Stoffeigenthümers sein[4]. Andere, die Prokulejaner meinten, die Arbeit gebe den Ausschlag[5]; der Specifikant müsse daher Eigenthümer der neuen Sache werden[6]. Für unser praktisches Recht aber ist diese Kontroverse beseitigt. Denn Justinian entschied sie ausdrücklich[7] in folgender Weise, die das geltende Recht bildet.

Der Specifikant erwirbt durch die Specifikation sofort das Eigenthum an der neuen Sache, aber nur dann, wenn das Fabrikat sich nicht mehr in die alte Sache, in deren frühere Gestalt zurückführen läßt. Läßt es sich wieder in den alten Zustand zurückbringen, so gehört dem Eigenthümer des Stoffs auch die Sache in ihrer neuen Form[8].

Bei dieser Entscheidung (Justinians) ist freilich der Arbeit nicht gehörig Rechnung getragen, und deßhalb wollen manche Nationalökonomen[9] weiter gehen. Allein sie müssen selbst zugeben, daß ihre Ansicht mit dem positiven Recht in Widerspruch steht.

Der Grund für den Eigenthumserwerb des Specifikanten ist theils die natürliche Rücksicht darauf, daß die neue Sache doch eigentlich im Wesentlichen ein Produkt des Arbeiters sei, theils die Rücksicht auf die Sicherheit des Verkehrs. Denn nun ist Jeder, der eine Sache von ihrem Verfertiger erwirbt, wenn sie nicht mehr in ihren früheren Zustand reducirbar ist, sicher, daß er vom Eigenthümer

---

[4] D. ad exhib. 10, 4 l. 12 § 3; de usurp. 41, 3 l. 4 § 20; de domin. 41, 1 l. 7 § 7; verb.: »Sabinus et Cassius ꝛc.«.

[5] Oder: die Occupation; denn die neue Sache habe vorher als solche nicht existirt, der Specifikant werde daher als Occupant Eigenthümer der neuen Sache. D. l. 7 cit. verbis: »Nerva et Proculus« ꝛc. Darüber vgl. auch Windscheid Pand. § 187 Note 2.

[6] D. l. c. l. 7 § 7 l. 26 pr.

[7] I. de rer. divis. 2, 1 § 25, und zwar im Wesentlichen nach der letzteren Ansicht.

[8] I. § 25 cit. Vgl. Arndts l. c. Anm. 2. — Viele aber, namentlich auch Fitting l. c. S. 418 ff., wollen auch das Letztere modificiren; sie behaupten, wenn im letzteren Fall ein Theil des Stoffs dem Specifikanten selbst gehört habe, so erwerbe er unbedingt die neue Sache, auch wenn sie auf die alte Form reducirbar wäre. Allein auf diese Weise läßt sich nicht wohl der Schluß des § 25 cit. auslegen; denn hier spricht Justinian nur von solchen neuen Sachen, die nicht in die alte Form reducirbar sind, und sagt, es sei natürlich noch unzweifelhafter, daß hier der Fabrikant Eigenthümer der neuen Sachen werden müßte, wenn sogar von seinem eigenen Stoff Etwas dabei gewesen sei; und giebt also auch hier den Erwerb des Eigenthums durch den Specifikanten an der neuen Sache nur zu, wenn die neue Sache auf die alte Form nicht reducirbar ist.

[9] Z. B. Dankwart (bei Arndts l. c. Anm. 2 cit.).

erworben hat, also Eigenthümer geworden ist (und gegen alle Ansprüche des etwaigen früheren Stoffeigenthümers gesichert). Deßhalb kommt es auch nicht darauf an, ob der Verfertiger in mala oder in bona fide war, d. h. wußte, daß ihm der Stoff nicht gehöre, oder ihn für den seinigen hielt [10].

Der frühere Stoffeigenthümer hat aber, wenn er durch specificatio sein Eigenthum verlor, gegen den Specifikanten, jedoch nur gegen diesen und dessen Erben, persönliche Klagen, nämlich

a. wenn der Specifikant wissentlich fremden Stoff für sich specificirte, so ist dies ein furtum. Das römische Recht giebt hier dem gewesenen Eigenthümer des Stoffs, welcher nicht durch seine Handlung das Eigenthum des Stoffs verloren hat [11], gegen den Specifikanten die condictio furtiva auf Herausgabe der Sache und auf vollen Schadenersatz, indem diese Klage auch der gewesene Eigenthümer des Stoffs dann hat, wenn er — wie hier — sein Eigenthum wider seinen Willen verlor [12]. Auch kann er den Specifikanten, wenn dieser dolo desiit possidere, auf Ersatz belangen [13].

b. War der Specifikant in bona fide, so hat der frühere Stoffeigenthümer gegen ihn nur sehr beschränkte Rechtsmittel [14].

---

[10] Zwar behaupten Manche (auch Arndts l. c. Anm. 3 und Fitting a. a. O. S. 335 ff., Windscheid § 187 bei und in Note 3), daß der Specifikant, wenn er mala fide fremden Stoff specificire, das Eigenthum nicht erwerbe. Dies wäre für den Verkehr sehr fatal, ist aber nach unseren Quellen wohl nicht zu behaupten; denn die l. 12 § 3 D. ad exhib. 10, 3, welche Manche dafür anführen, beweist Nichts dafür; sie geht von der Ansicht mancher römischen Juristen (s. oben bei Anm. 4) aus, daß der Stoff über den Eigenthumserwerb entscheide und deßhalb dem Eigenthümer der alten Sache auch die neue gehören müsse und es dabei auf die fides des Specifikanten nicht ankommen könne. Eben so wenig beweist der Umstand, daß der alte Eigenthümer vom fur specificans die neue Sache mit der condictio furtiva fordern kann; denn: a. auch Derjenige, der sein Eigenthum ohne seinen Willen verloren, hat die condictio furtiva und b. der Dieb darf keine impensas berechnen. Daraus erklärt sich l. 13 D. de condict. furt. 13, 1. — Justinian aber macht bei seiner Entscheidung der Kontroverse den Eigenthumserwerb durchaus nicht von der fides des Specifikanten abhängig (spricht gar nicht von bona oder mala fides), sondern lediglich von dem Faktum der Specifikation und der Nichtreducirbarkeit der neuen Sache auf die alte Form. Diese Entscheidung kann hier allein maßgebend sein.

[11] D. de condict. furt. 13, 1 l. 10 § 2.

[12] D. de condict. furt. 13. 1 l. 13, 14 § 3; de furt. 47, 2 l. 52 § 14.

[13] Mit der unten in § 143 Beil. II Lit. A Nr. I 1 a angeführten Klage.

[14] Nämlich die oben in § 133 Beil. IV Nr. 1 b angeführten. Vgl. auch unten § 143 Beil. II Lit. B Nr. I 1 a, b.

IV. Fructuum perceptio.

§ 136.

(Arndts § 156.)

Die Grundsätze über den Erwerb des Eigenthums an den natürlichen Früchten einer Sache sind einfach und zweckmäßig in unserem Rechte bestimmt[1]. Die Früchte sind Zuwachs der fruchttragenden Sache[2]. Hieraus folgt: sobald die Frucht an einer Sache sich bildet, wird sie sofort vom Eigenthümer der Sache iure accessionis *erworben*[3], und dieser *bleibt* natürlich in der Regel auch ihr Eigenthümer, wenn sie auf irgend eine Weise von der Hauptsache *getrennt* wird (fructus *separati*), sei es durch Zufall oder durch Handlungen eines Dritten, z. B. durch einen Dieb. An dieser getrennten Frucht fängt er (der Eigenthümer der Hauptsache) *nicht*, wie viele Neuere glauben, ein ganz *neues* Eigenthum an; sie ist nicht eine ganz neue Sache; sondern er setzt das Eigenthum, das er bereits an der werdenden Frucht erworben hatte, an ihr fort; nur gehört ihm nun die Frucht als *besondere* bewegliche Sache[4].

Allerdings aber kann nun ein Fruchtberechtigter sein Eigenthum an der Frucht *verlieren*, bald an den bloß bonae fidei possessor der fruchttragenden Sache, bald an Solche, welche vermöge dinglichen oder persönlichen Rechts ein Recht an die Früchte der Sache haben. In dieser Hinsicht ist zu unterscheiden:

A. Von dem Grundsatz, daß auch die getrennte Frucht im Eigenthum des Eigenthümers der Hauptsache bleibt, machen folgende Fälle Ausnahmen, in welchen im Moment der *Separation*[5] das Eigenthum der separirten Frucht einem Dritten zufällt.

1) Der *Emphyteuta* und der Lehensmann, die an der Hauptsache ein sehr ausgedehntes dingliches Recht haben, das dem Eigenthum beinahe gleich kommt und welches sie mit einer rei vindicatio petitorisch schützen können (sog. dominium utile). Diese erwerben die Früchte

---

[1] Aber Viele streiten über die einfache Sache und verwirren sie zum Theil durch künstliche und sonderbare Erklärung des Natürlichen.

[2] In dem oben § 65 Lit. A (Th. I S. 297) ausgeführten Sinne.

[3] D. de R. V. 1 l. 44.

[4] Die separirte Frucht ist nicht einmal *theilweise* alia res; denn der Stoff ist derselbe und die Form der Trennung ist keine specificatio.

[5] Oben § 66 Nr. I (Th. 1 S. 304).

der Hauptſache ganz von ſelbſt ſchon separatione ins Eigenthum, d. h. ſofort im Momente, in welchem die Frucht von der Hauptſache durch irgend ein Ereignis getrennt iſt. Es verliert alſo hier der Eigenthümer der Hauptſache ſein Eigenthum an der Frucht ſofort, ſobald die Frucht ſeparirt iſt[6].

2) Wer eine fremde Sache bona fide im Eigenthumsbeſitz hat, erwirbt ebenfalls, obwohl er kein Recht an der Sache hat, das Eigenthum der Früchte derſelben, ſobald ſie durch irgend ein Ereignis von der Hauptſache getrennt ſind, alſo auch bloß separatione[7]. Wenn er aber, während er die Hauptſache noch beſitzt, vom Eigenthümer derſelben auf Herausgabe belangt wird, ſo iſt er dieſem (dem Eigenthümer der Hauptſache) obligirt, ihm mit der Hauptſache auch die Früchte, ſo weit er ſie noch nicht verzehrt hat, herauszugeben; die Früchte aber, die er verzehrt, z. B. aufgebraucht, ſpecificirt, oder veräußert hat, ſind ſein Gewinn, d. h. er hat keinen Erſatz dafür zu geben[8]. Auch können ihm die Früchte, die er noch in natura in Händen hat, dann nicht abgefordert werden, wenn er die Hauptſache nicht mehr hat, eben weil er Eigenthümer derſelben (Früchte) und zu ihrer Herausgabe nur dann obligirt iſt, wenn er die Hauptſache noch hat und dieſe ihm vom Eigenthümer abgefordert wird[9].

Dieſe Beſtimmungen ſind für den Verkehr ſehr wichtig. Denn hiernach iſt Jeder, welcher Früchte einer Sache vom bonae fidei possessor der fruchttragenden Sache (titulo singulari) erwarb, ganz ſicher, daß er das Eigenthum daran erworben hat und daß ihm alſo die Früchte vom Eigenthümer der Hauptſache in keiner Weiſe mehr abgefordert werden können.

Das Geſagte gilt von jedem bonae fidei possessor der Hauptſache[10]. Auch liegt der Grund dieſes Fruchterwerbs des bonae fidei possessor nicht, wie Manche glauben, in einem fingirten Eigenthum des possessor an der Hauptſache, von dem unſere Quellen in der That Nichts wiſſen, ſondern in der Rückſicht auf die Sicherheit des Verkehrs und, wie Juſtinian ſagt[11], darin, weil es billig iſt, ein ſolches Recht Dem einzuräumen, der ſich für den Eigenthümer der

---

[6] Arndts l. c. Anm. 2. [7] S. die Beil. unter Nr. I. II.
[8] Auch können ſie dem dritten Erwerber nicht abgefordert werden.
[9] Näheres ſ. in der Beil. unter Nr. III—VI.
[10] S. die Beil. unter Nr. VII. [11] I. de rer. divis. 2, 1 § 35.

Hauptſache redlich hält, ſie wahrt und bewirthſchaftet und Koſten und Mühe auf ſie wendet.

B. Wer in anderen (als den unter A. genannten) Verhältniſſen ein Recht hat, die Früchte einer fremden Sache zu beziehen, erwirbt das Eigenthum an ihnen nicht ſchon separatione, ſondern in der Regel erſt durch Beſitzergreifung, erſt fructuum perceptione, d. h. wenn er die Frucht als geſonderte Sache in ſeinen Beſitz bringt, alſo erſt dann, wenn er ſie von der Hauptſache für ſich trennt, oder durch Andere für ſich trennen läßt und ſie ſo in Beſitz nimmt; oder falls ſie auf andere Weiſe getrennt wurde, wenn er ſie ſpäter in ſeinen Beſitz bekommt [12].

Eine Ausnahme machen nur Thierjunge. An dieſen erwirbt er, wenn er das Mutterthier detinirt, das Eigenthum ſofort wenn ſie geworfen werden, alſo ſchon separatione [13].

Auf jene Weiſe (perceptione) erwirbt das Eigenthum an den Früchten

1) Derjenige, welchem der Eigenthümer oder der bonae fidei possessor der Sache ein perſönliches Recht auf Fruchtbezug einräumte, nämlich der Pachter eines Grundſtücks [14]. Wenn ich daher z. B. mein Grundſtück verpachtet habe, ſo gehören die Früchte mir, bis der Pachter ſie percipirt hat; ich muß ſie ihn aber percipiren laſſen; ſie gehören auch mir, wenn ſie durch Zufall oder einen Dritten von der Sache ſeparirt ſind, ſo lange der Pachter ſie nicht in ſeinen Beſitz nahm. Wenn daher ein Dieb die Früchte ſeparirt und ſich aneignet, ſo gehören die Früchte immer noch mir; ich habe die condictio furtiva gegen den Dieb und die Publiciana actio und rei vindicatio gegen jeden Beſitzer des Entwendeten; aber in Folge des Pachtvertrags bin ich dem Pachter obligirt, ihm dieſe Klagen abzutreten, damit er dadurch die Früchte erlangen kann; ihr Eigenthum aber erwirbt er erſt, wenn ſie in ſeine Hände kommen [15].

2) Derjenige, welcher den Nießbrauch an der fruchttragenden Sache hat [16].

---

[12] Meine Erörterungen I S. 56 f.

[13] D. de usur. 22, 1 l. 28 pr. — Vgl. oben § 69 Beil. IV Note 1 (Th. I S. 343).

[14] Derjenige, welcher vom Eigenthümer oder bonae fidei possessor ein Grundſtück gepachtet hat, hat gegen den Verpachter der Sache das Recht.

[15] D. de donat. 39, 5 l. 6; I. de rer. divis. 2, 1 l. 36 a. E.

[16] Arndts § 156 Anm. 1. — Vgl. indeß oben bei Anm. 13.

3) Derjenige, an welchen vom Eigenthümer oder bonae fidei possessor der Hauptsache die Früchte auf dem Halm oder am Stock veräußert worden, welcher also aus dem Veräußerungsgeschäft eine persönliche Klage auf Überlassung der Früchte hat.

Beilage.

Der Fruchterwerb des redlichen Besitzers einer fremden Sache bestimmt sich nach folgenden Grundsätzen:

I. Wer eine fremde Sache bona fide besitzt, erwirbt das Eigenthum an den Früchten dieser Sache und zwar im Moment ihrer Separation von der Hauptsache (fructuum separatione), wie auch diese Trennung geschehen sein mag, ob durch Zufall oder durch Dritte oder dadurch, daß er selbst die Trennung vornimmt oder für sich vornehmen läßt; D. 41, 1 de domin. l. 48 pr. § 1; 22, 1 de usur. l. 25 § 1 a. E. l. 28 pr.; I. 2, 1 de R. D. § 35. Sein Recht an den Früchten ist, wie auch die herrschende Ansicht stets annahm, wirkliches Eigenthum. Denn die Quellen sagen, daß der redliche Besitzer »fructus suos facit«, daß die Früchte »possessoris sunt«, Ausdrücke, welche hier (und in vielen anderen Stellen, s. z. B. I. l. c. § 11, 31; D. de domin. l. 1 § 1 l. 7 § 13 l. 30 § 2 l. 58 und den Gegensatz in C. 9, 32 de crim. expil. her. est. 4, nur den Erwerb des Eigenthums bezeichnen können. Auch wird dies noch dadurch unwiderleglich bestätigt, daß die Quellen mehrfach sagen, der redliche Besitzer habe an den separirten Früchten dasselbe Recht, welches der Pachter an den percipirten und der Emphyteuta an den separirten Früchten haben; D. de usuris l. 25 § 1 l. 28; dieses Recht des Pachters und Emphyteuta ist aber, wie allgemein zugegeben wird, das Eigenthum; s. auch die gründliche Schrift von F. G. E. Backe bonae fidei possessor quemadmodum fructus suos faciat. Berol. 1825 p. 41—51. Zwar ist dieser Eigenthumserwerb des redlichen Besitzers nicht unbestritten. So behauptet z. B. Savigny Recht des Besitzes S. 314 f., der redliche Besitzer habe an den separirten Früchten, wie an der Hauptsache, bloß eine bonae fidei possessio mit dem Recht, sie als bewegliche Sachen (in 3 Jahren) auf denselben Titel hin, aus welchem er die Hauptsache besitzt, zu usukapiren und für die konsumirten Früchte (Nr. V) keinen Ersatz geben zu müssen, und in ähnlicher Weise wurde von Windscheid (Über das Recht des redlichen Besitzers an den Früchten, Gießener Zeitschrift N. F. Bd. IV S. 55—132) die Ansicht zu begründen versucht, das Recht des redlichen Besitzers bestehe bloß darin, daß er von der Pflicht zum Ersatz der verzehrten Früchte frei sei. Allein diese Auffassungen lassen sich mit den angeführten Aussprüchen der Quellen, welche in der Stellung des redlichen Besitzers zur Sache und in den Interessen des Verkehrs ihre guten Gründe haben, durchaus nicht vereinigen; vgl. auch Backe l. c. und besonders v. Vangerow Pand. I § 326 Anm. 2 Nr. 2 S. 621 f. der 7. Ausgabe; nur läßt sich die Hypothese Vangerows S. 621 nicht rechtfertigen, nach welcher das Recht des bonae fidei possessor sich auf ein fingirtes Eigenthum stützen soll, das dem Besitzer an der Hauptsache zukomme (ein solches kommt ihm gar nicht zu, s. auch Windscheid in der angeführten Abhandlung S. 67 f.). Übrigens giebt doch nun auch Windscheid Pand. I § 186 bei Note 12 zu, daß wenigstens eine Reihe von Quellenstellen dem redlichen Besitzer geradezu Eigenthum zuschreiben; aber gewiß wird man die weitere Behauptung Windscheids „zu kühn" finden müssen, daß, wenn die römischen Juristen sagen, der redliche Besitzer sei Eigenthümer der Früchte, dies „gar nicht der Ausdruck ihrer eigentlichen Meinung sei". — Über die völlig unhaltbare Ansicht, welche H. Janke in seiner ausführlichen und fleißigen Schrift „Das Fruchtrecht des redlichen Besitzers und Pfandgläubigers" Erlangen 1862 aufstellt, s. Demelius in der Münchener Vierteljahrsschrift Bd. IV S. 292 f., Windscheid Pand. § 186 Note 12 a. E., Vangerow Pand. 7. Ausgabe I S. 620, 622 unten.

II. Wenn der Besitzer während seines Besitzes sich überzeugt, daß die Hauptsache ihm nicht gehöre, er also in malam fidem kommt: so fragt es sich, ob er die Früchte, welche von dieser Zeit an separirt werden, doch erwerbe, obwohl er nun nicht mehr redlicher Besitzer der Sache ist. Die römischen Juristen waren hierin verschiedener Ansicht. Bejaht wird die Frage in einer Pandektenstelle; D. 22, 1 de usur. l. 25 § 1 (von Julianus); allein in anderen Stellen wird sie entschieden und mit näherer Begründung verneint, D. de domin. l. 48 § 1 l. 40 l. 23 § 1, und deßhalb ist die herrschende Ansicht für die Verneinung der Frage; s. besonders Backe l. c. p. 149—155.

III. Der Eigenthümer der Hauptsache kann aber in einem gewissen Falle dem bonae fidei possessor die Früchte doch wieder abfordern; der redliche Besitzer hat daher in diesem Falle an den Früchten nur ein sog. ex nunc revokables Eigenthum, oder wie die l. 48 pr. de domin. sagt, nur »interim fructus suos facit«. Wenn nämlich der Eigenthümer der Hauptsache diese vom Besitzer herausfordert, sei es mit der rei vindicatio oder mit der Publiciana actio (vgl. unten Nr. VII) und siegt: so ist der Besitzer ihm persönlich verpflichtet (obligirt), mit der Hauptsache auch die Früchte, die er noch in Händen hat (fructus extantes) herauszugeben; er schuldet ihm also in einem solchen Falle die Früchte; I. 2, 1 de R. D. § 35; 4, 17 de off. iud. § 2; C. 3, 32 de R. V. est. 22. — Zwar wollen Viele von dieser Pflicht zur Herausgabe der Früchte für usukapirte Früchte eine Ausnahme machen. Ist nämlich die Hauptsache eine unbewegliche: so könnten die getrennten Früchte (als Mobilien) in kürzerer Zeit usukapirt werden, als die Hauptsache; deßhalb glauben Viele, wenn der Besitzer zwar die Hauptsache noch nicht ersessen, die Früchte aber die für bewegliche Sachen geltende Usukapionszeit hindurch besessen habe: so habe er die letzteren usukapirt und sei deßhalb nicht verbunden, sie dem Eigenthümer der Hauptsache mit derselben herauszugeben. Dieser Ansicht sind selbst auch Solche, welche mit Recht annehmen, daß der redliche Besitzer das Eigenthum an den Früchten durch Separation erwerbe, z. B. Glück Pandektenkomm. Bd. VIII S. 277, 281 und die dort Angeführten; Marezoll in der Gießener Zeitschrift Bd. XVIII S. 213 ff. Die meisten Neueren dagegen (auch v. Bangerow a. O. S. 625 f.) leugnen durchaus die Möglichkeit der Usukapion der Früchte in einem solchen Falle, weil der Besitzer schon durch Separation der Früchte Eigenthümer derselben geworden sei, und berufen sich dabei noch besonders auf D. 41, 3 de usucap. l. 4 § 19. — Allein man wird sich gegen beide Ansichten erklären müssen. Allerdings kann, was die letztere Ansicht betrifft, wer einmal das Eigenthum an einer Sache erworben hat, die Sache nicht noch einmal ins Eigenthum erwerben, D. 41, 2 de poss. l. 3 § 4; aber man kann ja, was allgemein zugegeben ist, den Eigenthumserwerb auf verschiedene Gründe stützen, indem man, falls man es auf dem einen Wege nicht erworben haben sollte oder man wenigstens nicht beweisen kann, es auf demselben erworben zu haben, auf einem anderen Wege es erworben haben kann. Namentlich wird Niemand in Abrede ziehen, daß, wenn z. B. eine Sache, an der ich vom Eigenthümer durch Kauf und Tradition wirklich das Eigenthum erwarb, später, nachdem ich sie die Usukapionszeit hindurch in Besitz gehabt hatte, aus meinen Händen kam und ich sie vom dritten Besitzer vindiciren will, aber nicht glaube, das Eigenthum meines Auktors beweisen zu können, ich auf Usukapion der Sache mich stützen und dadurch mein Eigenthum nachweisen kann, obwohl ich schon durch die an mich geschehene Veräußerung Eigenthümer geworden war (oben § 92 Beil. Th. I S. 477). So könnte sich daher auch der redliche Besitzer der Hauptsache in Beziehung auf die Früchte möglicher Weise auf verschiedene Eigenthumserwerbarten stützen, auf das Recht des bonae fidei possessor oder auf die Usukapion der Früchte (vgl. auch D. 49, 15 de captiv. l. 12 § 7, 8, 9 a. E.). Allein er hat es nicht nöthig, sich auf Usukapion zu berufen, um sein Eigenthum an den Früchten zu beweisen, weil er hier nie in die Lage kommen wird, seinen Eigenthumsbeweis auf Usukapion zu stützen, da ja aus der nothwendigen Prämisse der Usukapion, seinem Usukapionsbesitze der Hauptsache, von selbst schon folgen würde, daß er durch Separation

der Früchte Eigenthümer geworden war. Dies allein sagt die l. 4 § 19 cit. in den Worten »nec usucapi debet, sed statim emtoris fit«, keineswegs aber sagt sie, daß eine Usukapion hier unmöglich sei. Was aber die erstere Ansicht betrifft, nach welcher der Besitzer durch Usukapion der Früchte von ihrer Herausgabe bei der Vindikation der Hauptsache befreit werden soll: so ist sie deßhalb unrichtig, weil der redliche Besitzer, wenn der Eigenthümer die Hauptsache von ihm vindicirt, obligirt ist, die fructus exstantes herauszugeben, man aber von einer Obligation, die sich auf die Sache, die man besitzt, bezieht, durch Ersitzung der Sache nicht befreit wird. Über l. 48, § 5 D. 47, 2 de furt. s. Bangerow a. O. S. 625 f. 628.

IV. Wenn dem bonae fidei possessor die Hauptsache nicht mehr abgefordert werden kann, z. B. weil er sie veräußert hat, also nicht mehr besitzt oder weil er sie ersessen hat: so können auch die Früchte, die er etwa von der Sache noch hat, in keiner Weise ihm abgefordert werden; sie verbleiben ihm. Zwar wollen manche Vertheidiger der richtigen Ansicht, daß der bonae fidei possessor Eigenthümer der separirten Früchte sei, doch dem Eigenthümer der Hauptsache das Recht zu einer selbständigen Vindikation der fructus exstantes gegen den bonae fidei possessor geben, z. B. Marezoll in der Gießener Zeitschrift Bd. XVIII S. 227 ff., C. Sell, Lehre von den dinglichen Rechten, S. 72 ff., der aber S. 376 wieder das Gegentheil sagt. Allein eine solche selbständige Vindikation der Früchte ist eine Unmöglichkeit, da ja die Früchte im Eigenthum des bonae fidei possessor sind, also dem Eigenthümer der Hauptsache gar nicht gehören und vom Besitzer nur vermöge einer besonderen Obligation dann gefordert werden können, wenn er die Hauptsache noch hat und herausgeben muß. Zwar will Marezoll a. O. S. 232 f. 242 f. eine solche Vindikation durch die Behauptung rechtfertigen, der bonae fidei possessor, welcher später in malam fidem komme (Nr. II), verliere sofort das Eigenthum der Früchte die er bis dahin erworben gehabt habe, an den Eigenthümer der Hauptsache, und durch die litis contestatio komme er jedenfalls in malam fidem, und so falle daher an den Eigenthümer der Hauptsache, wenn er die ihm nicht gehörige Frucht vom redlichen Besitzer vindicire, im Moment der litis contestatio ipso iure das Eigenthum der Frucht und deßhalb könne er nun die Vindikation durchführen. Dies sind aber mehr als gewagte Hypothesen; nirgends sagen die Quellen, daß das bereits erworbene Eigenthum an den Früchten durch mala fides superveniens verloren gehe, auch versetzt die auf Anstellung der rei vindicatio erfolgte litis contestatio den bonae fidei possessor nicht ohne Weiteres in malam fidem (§ 143 Beil. II Lit. B, II) und schon damit fällt die Behauptung, daß der Nichteigenthümer durch Anstellung der Eigenthumsklage das Eigenthum mit der litis contestatio erwerben und auf diesen Grund die Klage durchführen könne; meine Erörterungen ꝛc. Heft II, S. 95; v. Bangerow a. O. S. 623. Eine selbständige Vindikation der in den Händen des Besitzers noch befindlichen Früchte geben die Quellen dem Eigenthümer der Hauptsache nur gegen den malae fidei possessor aus dem natürlichen Grunde, weil dieser gar nicht Eigenthümer der Früchte ist, sondern das Eigenthum daran dem Eigenthümer der Hauptsache verblieb; s. § 143 Beil. II Lit. A I, 2.

V. Hat der bonae fidei possessor die Früchte, welche er aus der Sache zog, verzehrt, sei es durch wirkliche Aufzehrung, oder durch Veräußerung, Specifikation und dergl.: so hat er für solche fructus consumti keinen Ersatz zu geben, auch nicht, wenn er die Hauptsache noch besitzt und der Eigenthümer diese vindicirt; die verzehrten Früchte sind sein Gewinn; I. de R. D. § 35; de off. iud. § 2; C. 3, 32 de R. V. est. 22; D. 10, 1 fin. reg. l. 4 § 2 (über die Ausnahme, welche beim Besitzer einer fremden Erbschaft hier eintritt, wenn er mit der hereditatis petitio belangt wird, gehört das Nähere ins Erbrecht).

Hatte der bonae fidei possessor die Früchte an einen Dritten veräußert: so folgt aus Nr. I, daß der Eigenthümer der Hauptsache sie auch nicht von Dem

vindiciren kann, an welchen sie veräußert wurden. Denn das Eigenthum der Früchte war durch die Separation auf den bonae fidei possessor und von Diesem durch die Veräußerung auf den Dritten übergegangen, die Verbindlichkeit des redlichen Besitzers aber, die Früchte herauszugeben, wenn von ihm die Hauptsache vindicirt wird (Nr. III), ist ja eine bloße Obligation desselben, die auf den Singularsuccessor, der die Früchte erwarb, nicht übergeht; s. oben § 68 Beil. II (Th. I S. 318) Nr. I und Glück Pandektenkomm. Bd. VIII S. 278 und die dort Angeführten.

VI. Das unter Nr. I—V Ausgeführte gilt von Früchten aller Art. — Zwar wird in D. 22, 1 de usur. l. 45 (von Pomponius) das Gegentheil gesagt (fructus percipiendo uxor vel vir ex re donata suos facit, illos tamen, quos suis operis acquisierit, veluti serendo; nam si pomum decerpserit vel ex silva ceciderit, non fit eius, sicuti nec cuiuslibet bonae fidei possessoris, quia non ex facto eius is fructus nascitur), wenn man nicht die Worte »sicuti . . . possessoris«, wie Manche wollen, für ein bloßes Glossem halten will, wogegen aber schon die Basiliken XXIII 3, 45 sprechen. Nach dieser l. 45, welche zunächst von der Frage handelt, ob und in wie weit ein Ehegatte die Früchte, die er aus der ihm von seinem Gatten geschenkten Sache zog, lukrire (vgl. Arndts 414), soll überhaupt ein bonae fidei possessor die sog. fructus mere naturales (im Gegensatze zu den industriales) nicht erwerben. Allein Dieses steht im Widerspruch mit allen anderen Stellen des Corpus iuris, welche von dem Fruchterwerb des redlichen Besitzers handeln; keine unterscheidet zwischen verschiedenen Arten von Früchten, alle geben dem bonae fidei possessor in Beziehung auf jede Frucht das unter Nr. I ausgeführte Recht. Es wurden daher schon von der Glosse an die verschiedensten Versuche gemacht, jene l. 45 mit den übrigen Stellen zu vereinigen (eine Aufzählung dieser Versuche s. bei Backe l. c. p. 165 sq., Windscheid in der Gießener Zeitschrift N. F. Bd. IV S. 55 f., zum Theil auch bei Glück Pandektenkomm. Bd. VIII S. 282 f.); allein die wenigsten verdienen näher gewürdigt zu werden. In der neueren Zeit fand bei Manchen die Ansicht besonderen Anklang, welche schon Vinnius Select. Quaest. Lib. I cap. 25, Voetius Comm. ad Pand. XLI, 1 § 30 und andere Ältere vertheidigten; die l. 45 cit. soll nämlich sagen, nicht jeder redliche Besitzer erwerbe alle Früchte, auch die fructus mere naturales, indem ein redlicher Besitzer, der einen iustus titulus für seinen Erwerb der Hauptsache nicht nachweisen könne oder dessen bona fides auf einen Rechtsirrthum sich stütze, die fructus naturales nicht erwerbe, s. z. B. Vangerow § 326 S. 627. Allein diesem Vereinigungsversuche wird man in keiner Weise beistimmen können. Denn theils würde dadurch der Widerspruch der l. 45 cit. mit den vielen Stellen, welche vom bonae fidei possessor überhaupt, ohne alle Beschränkung, sagen, er erwerbe die Früchte aller Art, und nur dem malae fidei possessor diese Erwerbung absprechen, in keiner Weise gehoben, theils kann man die Worte »sicuti nec cuiuslibet bonae fidei possessoris« nicht dahin übersetzen: „wie nicht jeder redlicher Besitzer", so daß sie sagen würden: es gebe gewisse redliche Besitzer, welche vom Erwerb der fructus naturales ausgeschlossen seien, sondern ihr Sinn ist: „wie überhaupt nicht ein redlicher Besitzer", d. h. kein redlicher Besitzer erwerbe die fructus naturales (s. Glück a. O. S. 287, Backe l. c. pag. 161 sq. und bes. Windscheid, Gießener Zeitschrift N. F. Bd. IV, S. 128); die l. 45 spricht also nicht bloß gewissen redlichen Besitzern, sondern jedem den Erwerb der fructus mere naturales ab. Dieser Sinn wird auch noch ganz besonders durch die Basiliken XXIII, 3, 45 und ihre Scholien bestätigt. Die l. 45 cit. läßt sich daher wohl nur aus einer Kontroverse erklären, die über den Fruchterwerb des redlichen Besitzers überhaupt unter den römischen Juristen bestand, indem Pomponius mit Einigen diesen Erwerb auf die fructus industriales beschränken wollte, während andere römische Juristen ihn auf Früchte aller und jeder Art bezogen; s. bes. A. F. Trendelenburg Selecta quaedam capita doctrinae de iure possessionis circa fruct. perceptionem 1775 cap. II und nun auch Backe l. c.

pag. 162 sq., Dernburg Heidelberger kritische Zeitschrift, Bd. I S. 146. Diese letztere Ansicht wurde aber im römischen Recht die herrschende und daß sie für das justinianische Recht und für uns das praktische Resultat bildet, ergiebt sich ganz unzweifelhaft daraus, daß alle in das Corpus iuris aufgenommene Stellen, außer der l. 45, von ihr entschieden ausgehen (s. die Stellen unter Nr. I., und daß die entgegengesetzte Ansicht bloß in einer ganz beiläufigen Bemerkung in der l. 45 angedeutet, in einer anderen Stelle aber ausdrücklich verworfen wird, in D. 41, 1 de domin. l. 48 pr. »bonae fidei emtor non dubie percipiendo fructus etiam ex aliena re suos interim facit, non tantum eos, qui diligentia et opera eius pervenerunt, sed omnes« ꝛc.

VII. Das unter Nr. I—V Ausgeführte gilt von jedem redlichen Besitzer, in dem oben § 122 Beil. (S. 49) bestimmten Sinne. Namentlich wird zum Fruchterwerb des redlichen Besitzers nicht erfordert, daß er die Hauptsache im Usukapionsbesitz hatte. Er findet daher

1) auch statt, wenn die Hauptsache der ordentlichen Ersitzung entzogen ist; D. de domin. l. 48 pr. § 2; de usucap. l. 4 § 19 (über diese Stelle s. auch Bade pag. 207, Boecking Pand. II § 151 Note 23; Manche halten in derselben die Worte »si consumti sunt« für ein Glossem, z. B. Zimmern, im Rheinischen Museum Bd. III S. 352, Bangerow a. O. S. 628); 47, 2; de furt. l. 48 § 6.

2) Es ist zum Fruchterwerb des redlichen Besitzers nicht Das erforderlich, was zur ordentlichen Ersitzung (Usukapion) in Beziehung auf iustus titulus erfordert wird. Er wird Eigenthümer der Früchte, auch wenn er nicht einen iustus titulus für den Erwerb der Hauptsache nachweisen kann oder wenn er aus Rechtsirrthum den Titel, aus dem er den Besitz der Hauptsache herleitet, für einen unmangelhaften hielt. Dieses wird zwar von der herrschenden Ansicht geleugnet. Denn die Meisten behaupten, von einem Besitzer, dessen guter Glaube auf einen Rechtsirrthum sich stütze oder der einen iustus titulus für die Erwerbung der Hauptsache oder, wenn er titulo putativo besitzt, die Entschuldbarkeit seines Irrthums nicht nachweisen könne, gelte das unter Nr. I—V Ausgeführte nicht; so auch Bade l. c. p. 144—148; Bangerowa. O. S. 627; Arndts § 156. Allein diese Ansicht läßt sich nicht rechtfertigen und steht selbst mit Dem im Widerspruch, was sonst ihre Vertheidiger selbst behaupten. Allerdings wird es, besonders bei Grundstücken, gewöhnlich der Fall sein, daß ein redlicher Besitzer einen bestimmten Erwerbsgrund für seinen Besitz nachweisen kann oder wenigstens ihn auf einen solchen Grund stützt, und deßhalb sprechen beim Fruchterwerb des redlichen Besitzers die Quellen häufig konkret vom bonae fidei emtor und dergl. Allein keine einzige Quellenstelle sagt, daß nur derjenige redliche Besitzer, der einen iustus titulus oder bei einem titulus putativus die Entschuldbarkeit seines Irrthums nachweisen könne oder dessen bona fides sich nicht auf einen Rechtsirrthum stütze, die Früchte erwerbe und die konsumirten Früchte bleibend gewinne; sie sagen vielmehr ganz allgemein vom »bonae fidei possessor« überhaupt, also von jedem bonae fidei possessor, das unter Nr. I ff. Ausgeführte; I. 4, 17 de off. iud. § 2; D. de usur. l. 28 pr.; 7, 4 qb. mod. ususfr. l. 13 a. E.; 10, 1 fin. reg. l. 4 § 2; C. 3, 32 de R. V. cst. 22; sie sagen ferner, es komme bei seinem Fruchterwerb lediglich auf das Faktum an, ob er »bona aut mala fide possideat«, D. de domin. l. 48 § 1; sie setzen dem bonae fidei possessor, der das Recht des Fruchterwerbs habe, lediglich entgegen den malae fidei possessor, der jenes Recht nicht habe, cst. 22 cit. l. l. c. und 2, 1 de R. D. § 35; D. de domin l. 40; fin. regund. l. 4 § 2, während wenn jene herrschende Ansicht richtig wäre, sie ihm auch alle die bonae fidei possessores entgegensetzen müßten, die einen gerechten Titel nicht nachweisen können oder deren guter Glaube auf einen Rechtsirrthum sich stützt. Überhaupt sagt keine einzige Stelle, es gebe Klassen von bonae fidei possessores, welche ungeachtet ihrer bona fides doch die Früchte nicht oder nur gewisse Früchte

erwerben, und vollends sagt keine, zu solchen Klassen gehören diejenigen bonae fidei possessores, die keinen Titel nachweisen können oder deren guter Glaube auf einen unentschuldbaren Irrthum sich stütze. Zwar führt Thibaut Pand. § 210 dafür die l. 31 pr. de usucap. an; allein daß diese bloß von den Erfordernissen einer Usukapion und nicht von dem Fruchterwerb spricht, ist klar; Andere, wie namentlich auch Bangerow, führen die l. 45 de usuc. dafür an; allein daß auch diese Nichts dafür beweist, wurde schon oben gezeigt; Backe, pag. 147 glaubt, jene Ansicht nur auf § 35 I. de rer. div. stützen zu können, weil dieser bloß von einem titulirten bonae fidei possessor spreche; allein auch dieser § spricht für das Gegentheil; denn er setzt Dem, der ex iusta causa bona fide besitzt, lediglich Den entgegen, der »alienum fundum scieus possederit«, macht also Alles bloß von der Redlichkeit oder Unredlichkeit des Bewußtseins abhängig. Endlich geben die Anhänger der herrschenden Ansicht ihre Behauptung stillschweigend durch Das wieder auf, was sie bei der rei vindicatio und Publiciana actio sagen. Denn sie unterscheiden, so viel ich finde (auch Bangerow Pand. § 333 Anm. Nr. II § 336 Anm. a. E., Arndts § 167 bei Note g; bei der Frage über die Haftpflicht des Besitzers in Beziehung auf Früchte der Sache bloß zwischen zwei Arten von Besitzern (bonae und malae fidei possessor) und sagen mit keinem Worte, daß bei dem bonae fidei possessor, der sine titulo besitzt oder im Rechtsirrthum ist, etwas Anderes gelte, als bei anderen bonae fidei possessores, während sie doch nach jener Ansicht entweder drei Klassen von Besitzern (den bonae fidei possessor, der einen iustus titulus nachweisen kann, den bonae fidei possessor, dessen bona fides auf einem Rechtsirrthum beruht oder der keinen iustus titulus nachweisen kann, und den malae fidei possessor) unterscheiden oder den Besitzer, der keinen Titel nachweisen kann oder im Rechtsirrthum über seinen Titel ist, geradezu als malae fidei possessor behandeln müßten, wodurch sie freilich in den entschiedensten Widerspruch mit den Quellen kommen würden. — Der hier vertheidigten Ansicht ist u. A. die Glosse ad l. 35 pr. de rei vind., Trendelenburg l. c., Emminghaus in seinen Anm. zu Cocceii Iur. civ. controv. VI, 1 qu. 8 Note y. Glück Pandektenkomm., Bd. VIII S. 287 f. Vgl. auch Savigny Syst. III S. 396, 397.

VIII. Das Gesagte gilt aber natürlich bloß von Früchten, nicht auch von anderen Accessionen einer Sache, welche nicht unter den Fruchtbegriff fallen (auch in dieser Hinsicht ist der Fruchtbegriff (s. oben § 66 Beil. Th I S. 305) von besonderer Wichtigkeit). Wenn z. B. Jemand einen fremden Garten bona fide besitzt und er reißt einen Birnbaum heraus oder bricht das Gartenhaus ab: so erwirbt er an dem Baum und dem Baumaterial kein Eigenthum; die separirte Sache bleibt im Eigenthum des Eigenthümers des Gartens; dieser kann sie (mit oder ohne den Garten) von dem Besitzer und von jedem Dritten, in dessen Hände sie etwa kommt, vindiciren. An solchen getrennten Nebensachen kann der Besitzer nur durch eine anderweite juristische Thatsache, z. B. Usukapion oder Specifikation, das Eigenthum erwerben. Daraus erklärt sich auch, daß nach römischem Recht der Besitzer einer Sklavin ihr Kind nicht durch Separation erwarb (denn es wurde in dieser Hinsicht nicht als fructus der Sklavin behandelt, s. oben § 66 Beil. Nr. II Th. I S. 306), wohl aber es durch Ersitzung erwerben konnte; D. de usuris l. 28 § 1; de usurp. l. 33 pr.; 41, 4 pro emt. l. 9, 10; 47, 2 de furt. l. 48, § 5, 6; vgl. auch, namentlich über l. 48 § 5, 6 cit. Bangerow § 326 S. 627 Lit. e der 7. Ausg.

V. Erwerb des Eigenthums durch Erſitzung.

Die verſchiedenen Erſitzungsarten des Eigenthums überhaupt *.

§ 137.

(Arndts § 157.)

Man muß hier unterſcheiden

I. Das vorjuſtinianiſche Recht.

1) Die alte usucapio. Schon nach dem alten ius civile, nach den XII Tafeln, konnte man an einer fremden Sache, und zwar an einem Grundſtücke durch zweijährigen Beſitz, an anderen Sachen durch einjährigen das quiritariſche Eigenthum erwerben, wenn man den Beſitz iusto titulo und bona fide erlangt hatte. Dieſes war die alte usucapio[1]. Sie war aber ein ſehr beſchränktes Inſtitut. Namentlich konnten Sachen, an denen quiritariſches Eigenthum nicht möglich war (z. B. Provincialgrundſtücke), durch ſie nicht erworben werden; Peregrinen konnten nicht uſukapiren, weil ſie des quiritariſchen Eigenthums unfähig waren. Deßhalb

2) bildete ſich allmählich neben ihr zu ihrer Ergänzung das Inſtitut der longi temporis praescriptio oder possessio. Dieſes aber gewährte Anfangs bloß eine Einrede gegen die Eigenthumsklage des Eigenthümers, wovon es ſeinen Namen hat. Wer nämlich eine fremde Sache (Mobilie oder Immobilie) längere Zeit beſeſſen hatte, konnte, wenn ihr Eigenthümer ſie von ihm vindiciren wollte, ſich gegen die Vindikation durch eine Einrede des langen Beſitzes, durch eine exceptio oder praescriptio longi temporis oder longae possessionis ſchützen. Das Eigenthum an der Sache aber erwarb er dadurch nicht, er war nur gegen den klagenden Eigenthümer gedeckt (und für Das, was er mit der Sache vornahm, nicht verantwortlich).

Später jedoch wurde dieſes Inſtitut, beſonders durch kaiſerliche Konſtitutionen, in eine erwerbende Verjährung des Eigenthums erweitert und zwar dahin, daß wer eine fremde bewegliche oder unbewegliche Sache bona fide und iusto titulo in Beſitz bekam und ſie

---

* Über Verjährung überhaupt, ihre Gründe, und namentlich über die praktiſche Bedeutung der Erſitzung für Beweis des Eigenthums und über die Litteratur ſ. oben § 92 f. Th. I S. 473—486.

[1] Gaius Inst. II § 42—44.

10 Jahre lang inter praesentes oder 20 Jahre lang inter absentes[2] ununterbrochen im Beſitz gehabt hat, dadurch ein Recht an der Sache ſelbſt, das bonitariſche Eigenthum an derſelben erwerbe, welches er auch mit einer dinglichen Klage gegen Dritte, wenn er die Sache ſpäter aus ſeinem Beſitz verlor, geltend machen konnte[3].

3) Es gab übrigens Sachen, bei denen beide Erſitzungsarten ausgeſchloſſen waren, z. B. res furtivae. Beſaß Jemand eine ſolche Sache, wenn auch bona fide und iusto titulo, ſo konnte er ſie nicht erſitzen. Ferner war zu beiden Erſitzungsarten iustus titulus nöthig; konnte daher der Beſitzer nicht nachweiſen, daß er die Sache iusto titulo in Beſitz bekommen hatte, ſo konnte er ſie nicht erſitzen. In ſolchen Fällen aber konnte nach dem ſpäteren kaiſerlichen Recht die ſog. (erlöſchende) Klagenverjährung eintreten, d. h. wenn der Beſitzer die Sache 30 bei gewiſſen Sachen 40 Jahre lang ununterbrochen beſeſſen hatte, ſo konnte er wenigſtens, wenn der Eigenthümer von ihm die Sache vindiciren wollte, den Anſpruch desſelben (auf Herausgabe der Sache) mit einer exceptio temporis perimiren[4]. Aber Eigenthum erwarb er dadurch nicht; wenn er daher ſpäter die Sache aus den Händen verlor, ſo konnte er ſie nicht vom dritten Beſitzer mit der rei vindicatio herausfordern.

4) Dieſe drei Inſtitute beſtanden neben einander bis auf Juſtinian. Die beiden erſteren (usucapio und longi temporis praescriptio) unterſchieden ſich hauptſächlich darin:

a. die nöthige Beſitzzeit war bei beiden verſchieden und richtete ſich nach verſchiedenen Geſichtspunkten[5].

b. Die usucapio gab quiritariſches, die longi temporis praescriptio bloß bonitariſches Eigenthum.

c. Die usucapio war alſo unmöglich an Sachen, die nicht im quiritariſchen Eigenthum ſein konnten, z. B. an Provincial-Grundſtücken; dieſe konnten nur durch longi temporis possessio ins bonitariſche Eigenthum erworben werden. Ferner konnten Peregrinen, die des quiritariſchen Eigenthums unfähig waren, eben deß-

---

[2] Vgl. oben § 51 a. E. (Th. I S. 232 f.).
[3] Cod. de praescr. 30 annor. 7. 39 cst. 8 pr.
[4] Cod. l. c. cst. 3. 4 und oben § 104 § 105 Nr. II 3 Th. I S. 540. 554).
[5] S. oben Nr. 1. 2.

halb nicht durch usucapio, ſondern nur durch longi temporis possessio erwerben.

d. Einem Minderjährigen konnte man ſeine Sachen in der Regel wohl durch usucapio, aber nicht durch longi temporis possessio abverjähren [6].

e. Der Lauf der usucapio wurde nicht dadurch unterbrochen, daß der Eigenthümer den Beſitzer vor Vollendung der Verjährung auf Herausgabe der Sache belangte; wohl aber der Lauf der longi temporis praescriptio [7].

f. Bei der usucapio galt eine accessio temporis in der Regel nicht, wohl aber bei der longi temporis possessio [8].

II. Juſtinianiſches und heutiges Recht. Juſtinian änderte in dieſen Beziehungen ganz weſentlich in folgender Weiſe:

1) Dadurch, daß er die Scheidung des Eigenthums in bonitariſches und quiritariſches aufhob [9], fielen die Hauptunterſchiede zwiſchen usucapio und longi temporis possessio von ſelbſt weg und deßhalb verſchmolz er mit Recht beide Inſtitute in eines, und dieſes kombinirte Inſtitut beſtimmte er dahin:

Wer den Beſitz einer Sache iusto titulo und bona fide erworben hat, erwirbt das Eigenthum an ihr durch Erſitzung, wenn ſein Beſitz bei Mobilien drei Jahre, bei Grundſtücken inter praesentes [10] zehn, inter absentes zwanzig Jahre lang ununterbrochen gedauert hat [11]. Dieſes (kombinirte) Inſtitut bezeichnet er durch Verbindung der beiden Namen der beiden alten Inſtitute, um recht prägnant auszudrücken, daß ſie nur ein einziges Inſtitut bilden ſollen, durch per longi temporis possessionem usucapere [12]. Schon deßhalb iſt die Anſicht Derjenigen offenbar unrichtig, die auch nach juſtinianiſchem Rechte und bei uns noch eine usucapio und praescriptio longi temporis als zwei verſchiedene Inſtitute unterſcheiden wollen und behaupten, die alte usucapio gelte noch bei Mobilien, nur mit veränderter Zeit, und die alte longi temporis praescriptio gelte noch bei Grundſtücken. Wir können vielmehr das kombinirte Inſtitut eben

---

[6] Arndts § 162 Anm. 1. [7] S. unten § 140.
[8] Arndts § 161 Anm. 1 a. E. [9] Oben § 121.
[10] Vgl. oben § 51 a. E. (Th. I S. 232).
[11] Cod. de usuc. transform. 7, 31 cst. un.; I. de usuc. 2, 6 pr.
[12] I. l. c. — Juſtinian ſpricht bei Mobilien von usucapere ſchlechtweg, bei Immobilien aber auch von »per longi temporis possessionem usucapere«.

ſo gut usucapio, wie longi temporis praescriptio nennen, da Juſtinian beide alte Inſtitute in Eines verſchmolzen hat. Am paſſendſten aber bezeichnet man es durch neuere oder juſtinianiſche Uſukapion oder durch usucapio ſchlechtweg, und im Gegenſatz davon die usucapio des früheren Rechts durch „alte Uſukapion“. Gewöhnlich aber wird es bei uns bezeichnet durch ordentliche Erſitzung des Eigenthums, ſog. praescriptio ordinaria oder auch durch longi temporis praescriptio, im Gegenſatz zu dem (unter Nr. 2 anzuführenden) folgenden Inſtitut, welches zur Ergänzung dieſer ordentlichen Erſitzung dient.

2) Die ordentliche Erſitzung nämlich iſt bei manchen Sachen unzuläſſig[13]. Auch iſt ſie ausgeſchloſſen, wenn der Beſitzer nicht einen iustus titulus für ſeine Beſitzerwerbung nachweiſen kann. In dieſen Fällen würde nur die (Nr. I 3 angeführte) erlöſchende Anſpruchsverjährung eintreten können, wenn man die Sache dreißig Jahre lang, bei gewiſſen Sachen vierzig Jahre lang beſaß.

Allein Juſtinian beſtimmte, daß in dieſen Fällen der Beſitzer durch ſeinen dreißig-, reſp. vierzigjährigen Beſitz das Eigenthum an der Sache erwerben ſoll, wenn er nur in bona fide geweſen ſei. Er verwandelte alſo die erlöſchende Verjährung des Anſpruchs des Eigenthümers, wenn der Beſitzer in bona fide iſt, in eine Erſitzung des Eigenthums durch dreißig-, reſp. vierzigjährigen Beſitz[14]. Dieſe Erſitzung nennen wir die außerordentliche, ſog. praescriptio extraordinaria oder longissimi temporis.

III. So gelten daher bei uns zwei Erſitzungsarten des Eigenthums, die ordentliche oder die juſtinianiſche usucapio (Nr. II 1) und die außerordentliche oder praescriptio longissimi temporis (Nr. II 2). Zu beiden Erſitzungsarten wird (wie ſpäter zu zeigen iſt) gleichmäßig erfordert, daß man die Sache bona fide in Beſitz bekam und ſie eine gewiſſe Zeit lang ununterbrochen im Beſitz hatte[15]. Auch haben ſie die Grundſätze über Unterbrechung und Siſtirung der Verjährung[15] gemein. Außerdem iſt ihnen noch gemeinſam, daß beiden Verjährungen ſolche Sachen gänzlich entzogen ſind, welche durch Diebſtahl oder Raub (im deutſchrechtlichen Sinn) dem Eigen-

[13] Arndts § 162.
[14] Cod. de praescr. trig. ann. 7, 30 cst. 8.
[15] S. unten § 140.

thümer entzogen wurden; diese können gar nicht dem Eigenthümer abverjährt werden, so lange sie nicht in die Gewalt des Verletzten wieder zurückkehrten [16].

Ordentliche Ersitzung des Eigenthums oder justinianische (usucapio).

Erfordernisse.

§ 138.

(Arndts §§ 158—163.)

Diese Ersitzung stützt sich wesentlich auf eine formell rechtmäßige Erwerbung einer Sache, indem sie davon ausgeht: Wer eine (der Ersitzung nicht entzogene) Sache iusto titulo in den Besitz bekommen hat, soll, falls er auch dadurch nicht das Eigenthum erwarb, doch jedenfalls Eigenthümer werden, wenn er in bona fide war und die Sache drei, resp. zehn oder zwanzig Jahre lang ununterbrochen im Besitz hatte. Ihre Erfordernisse sind hiernach [1]:

I. Besitz [2]. Denn jede erwerbende Verjährung des Eigenthums muß durch einen, eine gewisse Zeit lang fortgesetzten, Besitz vermittelt werden (Ersitzung). Es ist also zu ihr nöthig, daß man die Sache im Besitz hat, und zwar nicht im bloßen abgeleiteten [3], sondern im Eigenthumsbesitz, also animo rem sibi habendi [4]. Eine Ausnahme von der Nothwendigkeit des Besitzes bildet gewissermaßen: a. die Fortsetzung einer Ersitzung durch den Erben, resp. die hereditas iacens [5]. b. Wenn Jemand eine Sache im abgeleiteten Besitz hat, so gilt zum Zweck der usucapio Derjenige als Besitzer, der ihm die Sache in den abgeleiteten Besitz gab [6].

II. Iustus titulus. Dieses Requisit heißt so viel: wer behauptet, eine Sache durch ordentliche Ersitzung (ins Eigenthum) erworben zu haben, muß nachweisen können, daß er die Sache in Folge eines

---

[16] Dies sagt die P. G. O. Karls V. Art. 209 so bestimmt, daß es nicht zu begreifen ist, wie Viele (auch Arndts § 164 Anm. 4) dies leugnen und behaupten können, solche Sachen seien wenigstens der außerordentlichen Ersitzung unterworfen. Nur ist zu beachten, daß (nicht alle, sondern) nur ein Theil der römischrechtlichen res furtivae unter den deutschrechtlichen Begriff der gestohlenen und geraubten fallen. Vgl. unten § 214.

[1] »Res habilis, titulus, fides, possessio, tempus«.

[2] Arndts § 158. [3] S. oben § 122 Nr. V B 2.

[4] Arndts l. c. Note a. [5] S. die Beil. unter Lit. B 2, 3.

[6] Beil. Lit. C. Über Das, was Arndts l. c. bei Note f über Sachgesammtheiten sagt, s. oben § 59 (Th. I S. 266).

ſolchen Erwerbsgrundes in Beſitz bekam, der in abstracto zu den Eigenthumserwerbarten gehört[7]. War bei dieſer Erwerbsart gar kein Mangel vorhanden, ſo wird er natürlich ſchon durch ſie Eigenthümer der Sache, bedarf alſo zum Eigenthumserwerb nicht erſt einer Erſitzung. Aber auch hier kann ihm doch des Beweiſes wegen die Erſitzung ſehr wichtig werden[8]. War aber bei ihr ein Mangel vorhanden, war die Erwerbsart zwar äußerlich (faktiſch) verwirklicht, es lag jedoch bei derſelben ein Mangel vor, der den Eigenthumserwerb hinderte, z. B. es hat Jemand an uns eine Sache veräußert und ſie uns tradirt, er war aber nicht Eigenthümer derſelben, auch nicht befugt, im Namen des Eigenthümers ſie zu veräußern, ſo können wir nun die Sache durch ordentliche Erſitzung ins Eigenthum erwerben[9].

Dabei iſt aber noch zu bemerken

1) Wir ſprechen gewöhnlich noch von einem titulus putativus[10]. Es ſind hier zwei Fälle zu unterſcheiden:

a. Der eigentliche, reine Putativtitel bezeichnet den Fall, wenn der Beſitzer gar keinen Titel hat, alſo auch nicht faktiſch (äußerlich) ſein Beſitz auf einen iustus titulus ſich ſtützt; aber er irrig glaubt, einen zu haben, z. B. ich beſitze in meiner Bibliothek ein Buch, das ich gekauft zu haben glaube, aber ich hatte es bloß geliehen bekommen; oder ich beſitze pro legato, während mir die Sache gar nicht legirt war. Hier iſt Regel, daß die usucapio ausgeſchloſſen iſt[11]. Aber es gilt davon die Ausnahme, daß man in ſolchen Fällen die Sache titulo pro suo erſitzen kann, wenn man aus einem faktiſchen, durch ganz beſondere entſchuldigende Umſtände veranlaßten Irrthum, alſo aus ganz plauſibeln Gründen den titulus für vorhanden hielt[12].

b. Putativtitel im weitern Sinn. Wenn nämlich der Beſitzer aus einem wirklich faktiſch vorgefallenen Titel beſitzt, aber der Akt nichtig war (z. B. ich habe eine Sache von N. gekauft und ſie tradirt erhalten, und es zeigt ſich ſpäter, daß N. blödſinnig geweſen), ſo iſt

---

[7] Wodurch er wenigſtens Eigenthümer werden konnte.

[8] S. oben § 92 Beil. (Th. I S. 477).

[9] D. pro emtore 41, 4 l. 2 § 16; pro legat. 41, 8 l. 4—6; pro suo 41, 10 l. 4 § 2.

[10] Viele, auch Arndts, ſind darüber ſehr ungenau.

[11] D. h. t. 41, 3 l. 27; pro emtore 41, 4 l. 2 pr.; pro legato 41, 8 l. 2; l. h. t. 2, 6 § 11.

[12] D. pro suo 41, 10 l. 4 § 2 l. 5 § 1; pro emtore 41, 4 l. 11.

auch hier nicht ein (wirklicher) *iustus* titulus vorhanden, sondern nur ein Putativtitel. Aber hier kann man auf den *faktisch* äußerlich vorhandenen Titel hin (pro emtore, nicht pro suo) ersitzen, wenn man das Moment, durch welches die Nichtigkeit begründet war, nicht kannte, also in einem faktischen *Irrthum* über dasselbe sich befand [13].

2) Die Quellen heben eine Reihe *einzelner* Titel besonders heraus, auf welche eine usucapio gegründet werden kann. (Es sind dies aber bloß Beispiele der häufiger vorkommenden Titel, nicht erschöpfende Fälle.) Zu den Hauptfällen gehört die *traditio* ex iusta causa [14], wobei die Quellen durch die *causa* den Titel bezeichnen, d. h. sie sprechen *nicht* von einem titulus *pro tradito*, sondern z. B. wenn man die Sache besitzt in Folge eines Kaufs: titulus *pro emtore*; einer Schenkung: *pro donato*; einer empfangenen Zahlung: pro *soluto* [15].

Bei dem titulus *pro emtore* ist zu beachten, daß zu demselben nicht bloß erfordert wird, daß man die Sache gekauft und tradirt erhalten habe, sondern noch, daß man den Preis bezahlt oder Kredit bekommen hat. Denn ist Letzteres nicht der Fall, so konnte man nur aus einem Rechtsirrthum den titulus für eine Erwerbsart halten [16] und deßhalb nicht usukapiren [17].

Andere Titel sind noch z. B. titulus *pro derelicto*; wenn Jemand eine Sache derelinquirt und ich sie occupire; war er ihr veräußerungsfähiger Eigenthümer, so werde ich Eigenthümer durch occupatio der res derelicta; war er aber nicht Eigenthümer oder nicht veräußerungsfähig, so kann ich die Sache pro derelicto usukapiren [18]. Ferner der titulus pro legato, wenn mir Jemand eine Sache vermacht. War er nicht Eigenthümer der Sache, oder das Legat ungültig oder von ihm später widerrufen, ich weiß aber von diesen Mängeln Nichts, so kann ich die Sache pro legato usukapiren [19]. Selbst wenn mir die Sache gar *nicht vermacht* war, es übergiebt sie mir aber der Erbe in der Meinung, sie sei mir vermacht, so kann ich, wenn die Sache dem Erblasser nicht gehörte, sie doch dem wahren Eigenthümer

[13] D. pro emtore 41, 4 l. 2 § 15, 16; pro legato 41, 8 l. 9.
[14] S. oben § 131.
[15] Vgl. oben § 131 Lit C. — D. de usurp. 41, 3 l. 46.
[16] S. oben § 131 Lit. A 2. [17] S. oben Nr. 1 b.
[18] C. pro derelicto 41, tot. tit. [19] D. pro legato 41, 8 l. 1, 4, 5, 6, 9.

abverjähren, nur nicht titulo pro legato, sondern titulo pro soluto oder pro suo[20].

Durch titulus pro suo bezeichnen die Quellen die Titel, die keinen besondern Namen haben. Es ist aber auch der allgemeine Ausdruck für jeden iustus titulus überhaupt; denn es bezeichnet eben: die Sache in der Meinung besitzen, daß man sie rechtmäßig erworben habe, daß sie also uns gehöre[21].

III. Bona fides. Zur Ersitzung wird weiter erfordert: guter Glaube (bona fides) des Besitzers[22], d. h. er muß glauben, die Sache rechtmäßig erworben zu haben, also befugt zu sein, sie sich anzueignen[23]. Diese bona fides war aber nach römischem Recht in der Regel bloß nöthig zur Zeit der Erwerbung der Sache[24]. Weiter aber geht das kanonische Recht; es verlangt zu jeder Ersitzung den guten Glauben die ganze Ersitzungszeit hindurch, so daß man also, wenn man auch die Sache bona fide erwarb, sie doch nicht ersitzen kann bei mala fides superveniens, d. h. wenn man vor Vollendung der Ersitzung sich überzeugt, die Sache sei eine fremde (und man sei nicht berechtigt, sie als die seinige zu behandeln[25]). Viele[26] behaupten, wenn der Besitzer aus einem Rechtsirrthum sich für den Berechtigten halte, so sei er nicht in bona, sondern in mala fide und könne deßhalb die Sache nicht ersitzen. Allein dies würde zu einer Korruption des Begriffs der bona fides führen[27]. Die Stellen, auf die man es stützt[28], sagen nur, durch einen Rechtsirrthum werde die usucapio gehindert, namentlich wenn man keinen iustus titulus für den Besitz hat, aber aus Rechtsirrthum einen zu haben glaubt. Keine Stelle aber negirt in einem solchen Falle die bona fides; vielmehr sagen die Quellen, daß die bona fides auch dann vorhanden

---

[20] D. l. c. l. 2 coll. 41, 10 l. 4 § 2.

[21] D. pro suo 41, 10 l. 1 pr. l. 4 § 2 l. 5 § 1. — Über den auf eine Adjudication sich stützenden Titel s. oben § 121 Beil. a. E. — Über den Titel pro erede gehört das Nähere in das Erbrecht.

[22] Arndts § 160 Note a u. g—l.

[23] S. oben § 122 Nr. I 3 b u. Beil. (zu § 122).

[24] Arndts l. c. Note d u. e.

[25] X. 2, 26 de praescr. cap. 20 u. Arndts l. c. Anm. 2. — Bloßer Zweifel, Ungewißheit ꝛc. hindert nicht (»conscientia rei alienae«). — Die Ersitzung ist also eine Erwerbart, bei welcher nicht die Absicht darauf gerichtet sein darf, das Eigenthum erst durch die Ersitzung zu erwerben.

[26] Auch Arndts l. c. bei Note n u. in Anm. 4.

[27] Vgl. oben § 72 Lit. B 3 (Th. I S. 353).

[28] Arndts l. c. Note m.

ſei, wenn man ſich aus Rechtsirrthum für den wahren Berechtigten hält[29]. Dies iſt namentlich ſehr wichtig für die außerordentliche Erſitzung; denn zu dieſer wird bloß bona fides, nicht auch ein iustus titulus erfordert und ſie wird daher nicht durch einen error iuris gehindert, eben weil dieſer nicht einen Mangel an der bona fides erzeugt[30].

IV. Tempus. Der Beſitzer muß die zur ordentlichen Erſitzung nöthige Zeit hindurch die Sache im Beſitz gehabt haben; bei Mobilien drei Jahre lang, bei Grundſtücken inter praesentes zehn, inter absentes zwanzig Jahre lang[31]. Jedoch iſt hier eine große Erleichterung durch die accessio temporis oder possessionis gegeben, die bei der alten usucapio wegen ihrer kurzen Zeit in der Regel nicht galt, wohl aber bei der alten longi temporis possessio und von Juſtinian auf ſeine ordentliche Erſitzung erſtreckt wurde[32]. Vermöge dieſer accessio temporis nämlich kann man ſich die Beſitzzeit des Vormannes, von dem man die Sache bekam, und der (früheren) Vormänner desſelben ſo anrechnen, als ob man die Sache in dieſer Zeit ſelbſt beſeſſen gehabt hätte, vorausgeſetzt, daß ſie auch die Sache im Uſukapions-Beſitz gehabt hatten[33].

V. Res habilis. Die Sache muß bei der ordentlichen Erſitzung eine ſolche ſein, welche durch dieſe kürzere Erſitzungszeit erworben werden kann. Dies iſt in der Regel bei allen Sachen der Fall; es giebt aber manche Ausnahmen, indem gewiſſe Sachen der ordentlichen Erſitzung entzogen ſind und zwar

1) aus beſonderer Begünſtigung gewiſſer Eigenthümer derſelben[34]. — In Beziehung auf Sachen der Minderjährigen[35] iſt zu bemerken: Sachen, die einem Minderjährigen gehören, konnten nicht durch die alte longi temporis possessio erſeſſen werden, wohl aber durch die alte usucapio. Nur wurde dem Minderjährigen, wenn er ſeine Sache durch usucapio aus dem Eigenthum verloren hatte, auf einem Umweg geholfen; er wurde gegen dieſe usucapio unbedingt in

---

[29] S. oben § 122 Beil. Nr. 2.
[30] S. oben § 72 Beil. Nr. III (Th. I S. 356).
[31] S. oben § 137 Nr. II. Vgl. oben § 51 a. E. (Th. I S. 233).
[32] I. de usuc. 2, 6 § 12. Arndts § 161 Anm. 1.
[33] Das Nähere hierüber und über die Uſukapion, wenn der Beſitzer ſtirbt, ſ. unten in der Beil.
[34] S. Arndts § 162 Nr. 1. [35] Arndts l. c. Lit. c.

integrum restituirt und ihm durch richterlichen Spruch sein Eigenthum wiederhergestellt. Justinian aber bestimmte[36] ganz allgemein: über die Zulässigkeit einer Ersitzung gegen Minderjährige soll Das gelten, was über die Zulässigkeit einer erlöschenden Anspruchsverjährung gegen sie gelte[37]. Hieraus ergiebt sich, daß gegen einen impubes (so lange er impubes ist) gar keine Ersitzung läuft, gegen einen pubes minor aber zwar die ordentliche Ersitzung in 3, 10 und 20 Jahren nicht läuft, wohl aber die (außerordentliche) 30 jährige Ersitzung[38].

2) Gewisse Sachen sind wegen eines vitium rei inhaerens der ordentlichen Ersitzung entzogen[39]. Zu diesen gehören namentlich die res furtivae, d. h. bewegliche Sachen, welche dem Besitzer durch ein furtum entzogen wurden. Natürlich kann der fur selbst solche Sachen nicht ersitzen, weil er in mala fide ist; aber auch ein Dritter, der sie bona fide und iusto titulo an sich bringt, kann sie nicht durch ordentliche Ersitzung erwerben, so lange nicht das vitium purgirt ist[40]. Wohl zu beachten ist, daß man nicht, wie es Viele thun, res furtivae übersetzen darf durch „gestohlene Sachen". Denn es gehören viele Fälle zum furtum, die nicht unter den deutschrechtlichen Begriff des Diebstahls fallen, wie z. B. unterschlagene, geraubte Sachen; ferner Sachen, die ein malae fidei possessor unbefugt veräußerte[41].

Beilage.

Accessio possessionis bei der ordentlichen Ersitzung (Usukapion) des Eigenthums. Es ist ein sehr natürlicher Gedanke des römischen Rechts, Demjenigen, der sich auf Ersitzung einer Sache beruft, das Recht einzuräumen, sich, um die Vollendung der Ersitzung herauszubringen, die Zeit, welche hindurch seine Vorgänger die Sache besessen hatten, in seine Ersitzungszeit einzurechnen, d. h. sich so anzurechnen, als ob er selbst in dieser Zeit die Sache in Besitz gehabt hätte (»accessio possessionis oder temporis«). Denn wenn es gleich keine eigentliche Succession im Besitze giebt, weil er etwas rein Faktisches ist: so ist es doch gewiß durchaus angemessen, auch der Rechtskonsequenz nicht entgegen, daß, wenn man eine Sache von einem Anderen erhielt, auch die günstige Lage, in welcher Dieser in Beziehung auf die Ersitzung sich befand, unsgegen Dritte zu gut kommen soll. — Bei den Quellenstellen aber, die von

---

[36] Cod. in quib. c. in int. 2, 41 cst. 5.

[37] Also das in oben § 105 Nr. I 5 (Th. I S. 545) Ausgeführte.

[38] Arndts l. c. Anm. 1 und besonders die dort angeführte Abhandlung von Arndts in der Gießener Zeitschrift Bd. 20.

[39] S. Arndts § 162 Nr. 2.

[40] Hierüber s. Arndts l. c. Anm. 3 und bei Note g. h. — I. de usuc. 2, 6 § 2—6.

[41] Über Das, was Arndts l. c. Nr. 2 c sagt, s. unten die Beil. Lit. A Nr. II 4 a. E. — Über den letzten Absatz des § 162 (Arndts, s. die Lehre von der dos.

der accessio possessionis handeln (bes. D. »de divers. temporal. praescriptionib. et de accessionib. possessionum« 44, 3) muß man beachten, daß es im älteren römischen Recht auch noch eine accessio possessionis beim interdictum utrubi gab, bei der zum Theile Grundsätze galten, die auf die accessio possessionis bei der Ersitzung nicht anwendbar sind, daß aber die accessio temporis beim interdictum utrubi und somit die Stellen, welche sich bloß auf sie beziehen, durch Justinians Ausgleichung des interdictum utrubi mit dem interdictum uti possidetis (§ 128 Beil. Lit. A. im Anfang) unpraktisch wurden; vergl. auch Arndts § 161 Anm. 1.

Bei der accessio possessionis muß man den Fall der Universalsuccession, in welchem Besonderes gilt (Lit. B), ausscheiden von den übrigen Fällen, in welchen eine accessio statt hat.

A. Eine accessio possessionis, so weit sie sich nicht auf eine Universalsuccession bezieht, ist

I. in folgenden Fällen zulässig:

1) Wenn man eine Sache von einem Anderen, der sie besessen hatte (vgl. Nr. II.), durch ein Rechtsgeschäft erwarb, z. B. man sie von ihm in Folge eines Kaufs, einer Schenkung, einer Heirathgutsbestellung, eines Vermächtnisses und dergl. tradirt erhielt: so kann man sich den Besitz dieses Vorgängers (des Auktors) zum eigenen Ersitzungsbesitz hinzurechnen: D. de div. temp. praesc. 44, 3 l. 14 pr. § 1, 2 l. 15 § 3, 4, 6; de iure dot. 23, 3 l. 7 § 3 init.; de C. E. 18, 1 l. 76 § 1; de poss. 41, 2 l. 13 § 6, 10, 11; pro emt. 41, 4 l. 2 § 20; C. de usuc. transf. 7, 31 cst. un. verb. »et ut continuetur ei« ꝛc. ꝛc.; I. de usuc. 2, 6 § 13.

2) In gleicher Weise kann man sich auch den Ersitzungsbesitz der Vorgänger unseres Auktors anrechnen, D. de div. temp. praescr. l. 15 § 1 u. 2, und auch den früheren eigenen, wenn man selbst zu diesen Vorgängern gehörte, z. B. ich erwarb den Besitz eines Grundstücks am 1. Januar 1865, verkaufte es 1868 an den A. und tradirte es ihm, dieser verkaufte es wieder an mich im Jahre 1874 und im Anfang des Jahres 1867 vindicirt von mir der X. das Grundstück als angeblicher Eigenthümer; hier gelte ich zum Zwecke der Ersitzung als Besitzer desselben vom 1. Januar 1865 an, indem ich mir nicht nur meine dermalige, sondern auch meine frühere Besitzzeit und auch die des A. anrechnen kann, so daß ich die zur Usukapion nöthige Zeit der zehn Jahre vollendet habe; würde ich die Sache im Jahre 1875 an B. veräußert und ihm übergeben haben: so könnte dieser sich ebenso in seine Besitzzeit meine früheren beiden Besitzzeiten und die des A. anrechnen; D. l. c. l. 6 pr.

3) Wenn man eine Sache an einen Dritten veräußert hat, aber die Veräußerung anfechten kann, z. B. wegen erlittenen Betrugs oder wegen laesio enormis, und in Folge der Anfechtung die Sache wieder in unsere Hände kommt: so kann man sich ebenfalls die Zeit, in welcher der Dritte die Sache besaß, und natürlich auch die, in welcher man sie vor ihm besaß, anrechnen; D. de poss. 41, 2 l. 13 § 2, 9; de usuc. 41, 3 l. 19 a. E. Das Gleiche gilt auch, wenn man eine Sache unter einer Resolutivbedingung an einen Dritten veräußerte, später die Bedingung eintritt und der Dritte nun die Sache zurückgiebt; auch hier kann man sich den Besitz, den der Dritte in der Zwischenzeit hatte, anrechnen, l. 19 cit. und D. de div. temp. praescr. l. 6 § 1.

II. Um aber in diesen Fällen von der accessio Gebrauch machen zu können, wird erfordert:

1) Man muß selbst die Sache in Besitz gehabt haben; denn nur zu unserem Ersitzungsbesitz können wir den unserer Vorgänger hinzurechnen; D. de possess. l. 13 § 12; de divers. temp. praescr. l. 16.

2) Das Rechtsgeschäft, durch welches die Sache erworben wurde (Nr. I.), muß an sich gültig gewesen sein, D. pro emt. 41, 4 l. 2 § 16.

3) Der Besitz muß ohne Unterbrechung von dem einen Vorgänger auf den anderen und auf Den, der von der accessio Gebrauch machen will, übergegangen sein. Wenn z. B. der A. eine bewegliche Sache im Jahre 1870 in Besitz

bekam, sie im Jahre 1871 an den B. verkauft und ihm tradirt, der B. sie im Januar 1872 verliert und erst am 1. Februar 1872 wieder bekommt und sie dann im Jahre 1874 an mich verkauft: so kann ich mir die Besitzzeit des A. gar nicht und die des B. erst vom 1. Februar 1872 an anrechnen, weil vor dem 1. Februar eine Unterbrechung im Besitze des B. eingetreten war; D. de div. temp. praescr. l. 15 § 1.

4 Will man zum Zweck der ordentlichen Ersitzung von der accessio Gebrauch machen: so muß man nicht nur selbst die Sache im Usukapionsbesitz gehabt D. pro emt. l. 2 § 17,, sondern es mußte auch der Vorgänger die Sache mit allen zur ordentlichen Ersitzung gehörigen Erfordernissen besessen haben, D. de poss. 41, 2 l. 13 § 13. War Letzteres nicht der Fall, so ist zu unterscheiden: a. Fehlte dem Vorgänger der iustus titulus: so können wir zwar die Sache usukapiren, wenn wir sie iusto titulo von ihm bekamen; allein wir dürfen uns dann seine Besitzzeit nicht anrechnen und natürlich auch nicht die Besitzzeit seiner Vorgänger; D. de div. temp. praescr. l. 5 pr. Wenn ihm aber b. die bona fides fehlte: so fällt nicht nur die accessio possessionis weg, sondern wir können die Sache in der Regel gar nicht durch ordentliche Ersitzung erwerben; denn ist die Sache eine bewegliche: so wird sie dadurch, daß ein malae fidei possessor sie veräußerte, eine res »furtiva« und wir können sie deßhalb nicht ,wenn wir gleich in bona fide sind, durch ordentliche Ersitzung erwerben, weil res furtivae derselben entzogen sind; ist sie aber eine unbewegliche: so ist nach einer Bestimmung Justinians Nov. 119 cap. 7, die ordentliche Ersitzung an ihr ebenfalls ausgeschlossen, aber nur für Den, der sie unmittelbar vom malae fidei possessor erhielt, und auch für Diesen nur, wenn der Eigenthümer der Sache nicht wußte, daß ihm an ihr das Eigenthum zustehe oder von der geschehenen Veräußerung Nichts erfahren hat.

B. Dem Erben ,und ebenso auch anderen Universalsuccessoren D. pro emt. 41, 4 l. 2 § 19) kommt, da er die vom Erblasser angeknüpften vermögensrechtlichen Verhältnisse so fortsetzt, wie sie beim Erblasser bestanden, auch der Usukapionsbesitz des Erblassers zu statten. Aber es ist hier Folgendes zu beachten:

1) Mit dem Tode des Erblassers sind die Nachlaßsachen ohne Besitzer; denn die hereditas iacens kann nicht besitzen; oben § 127 Beil. Nr. I. S. 76.

2, Dennoch aber kann, was freilich anomal, aber durch das praktische Bedürfnis geboten ist, die hereditas iacens eine vom Erblasser begonnene Ersitzung fortsetzen, D. de usurp. 41, 3 l. 44 § 3 »sed haec iure singulari recepta sunt«) l. 20, und sogar vollenden, also dadurch das Eigenthum der Sache für den Nachlaß erwerben; D. pro emt. 41, 4 l. 6 § 2 l. 7 pr.; de usurp. l. 40, ex quib. caus. mai. 4, 6, l. 30 pr. a. E. (über diese Stelle s. auch Ihering Abhandlungen S. 251). Nur ist natürlich eine solche Fortsetzung der Ersitzung dann nicht zulässig, wenn inzwischen ein Dritter die Sache in Besitz nahm; D. l. 6 § 2 cit.; de usurp. l. 20.

3) Wenn der Erbe die Erbschaft antritt: so succedirt er nun in allen diesen Beziehungen »in usucapionem« (vgl. l. 30 pr. D. ex quib. caus. mai.); wenn nämlich; a. durch die hereditas iacens die Ersitzung vollendet worden war: so tritt er nun in das von dieser erworbene Eigenthum ein; b. war sie noch nicht vollendet: so setzt er die vom Erblasser begonnene und von der hereditas iacens fortgesetzte Usukapion weiter fort (natürlich wieder vorausgesetzt, daß nicht inzwischen ein Dritter die Sache in Besitz nahm), und kann sie auf diese Weise vollenden, und zwar gilt Beides (a. u. b.), selbst wenn er noch gar nicht von der Sache Besitz ergriffen hatte. Das Letztere leugnet zwar Unterholzner, Verjährungslehre § 133 und theilweise auch Puchta, Pand. § 156 Note l., allein gegen die klare Entscheidung der Quellen; s. D. de usurp. l. 31 § 5; pro emt. l. 6 § 2, l. 7 pr. und besonders Ihering a. a. O. S. 252—261 (namentlich auch über die l. 30 § 5 de poss., auf welche Puchta seine Ansicht mit Unrecht stützt).

4) Besitzer der Nachlaßsachen wird der Erbe erst dadurch, daß er den Besitz derselben ergreift oder durch einen Stellvertreter ergreifen läßt, D. si is, qui test. 47, 4 l. 1 § 15, de poss. l. 23 pr. l. 30 § 5; wenn dann die Ersitzung der Sache noch nicht nach Nr. 2 u. 3 vollendet ist: so setzt er nun den Ersitzungsbesitz des Erblassers fort, so daß er sich dabei die ganze Zeit, in welcher der Erblasser besessen hatte und nach dessen Tode die Sache sich im Nachlaß befand, in seine Besitzzeit einrechnen kann; D. pro emt. l. 2 § 18, de div. temp. praescr. 44, 3 l. 14 § 1.

5) Damit aber Dieses (Nr. 2—4) zulässig ist, muß der Erblasser die Sache unter den zur Ersitzung nöthigen Erfordernissen, also bei der ordentlichen Ersitzung iusto titulo und bona fide besessen haben. War der Besitz des Erblassers ein fehlerhafter, fehlte ihm also der iustus titulus oder war er in mala fide: so kann weder von der hereditas iacens, noch von dem Erben, sollte dieser auch in bona fide sein, die ordentliche Ersitzung fortgesetzt werden; l. de usuc. 2, 6 § 12. Dieses hatte aber nach dem römischen Rechte in einem Punkte einen Vortheil für den Erben; denn hatte der Erblasser den Besitz der Sache bona fide erworben, der Erbe weiß aber, daß die Sache dem Erblasser nicht gehörte, ist also in mala fide: so konnte er dennoch die vom Erblasser begonnene Ersitzung vollenden, weil der Erbe lediglich als Fortsetzer des vom Erblasser Begonnenen zu behandeln ist, nach römischem Recht aber bona fides in der Regel nur zur Zeit des Anfangs des Ersitzungsbesitzes nöthig war, diese aber im vorliegenden Falle an jenem Zeitpunkte (beim Erblasser) nicht fehlte; l. l. c.; D. pro emt. 41, 4 l. 2 § 19. Allein nach kanonischem Recht und daher bei uns ist dies anders, da nach kanonischem Recht die bona fides die ganze Ersitzungungszeit hindurch vorhanden sein muß; befand sich daher der Erbe in mala fide und war, als er die Erbschaft antrat, die Ersitzung noch nicht vollendet: so kann er sie nicht mehr fortsetzen.

6) Natürlich kann ein Erbe, neben dem, daß ihm die Besitzzeit des Erblassers und die Zeit, in welcher die Sache sich in der hereditas iacens befand, zu Gute kommt, sich auch noch nach den Grundsätzen unter A. die Besitzzeit der Vorgänger, von denen der Erblasser die Sache bekommen hat, anrechnen; D. de div. temp. praescr. l. 15 § 6.

C. Wenn Jemand seine Sache einem Anderen zum Faustpfand giebt: so verliert er den Besitz an den Pfandgläubiger und Dieser wird Besitzer, obwohl der Letztere den animus domini nicht hat, § 122. Allein, wenn der Verpfänder die Sache im Ersitzungsbesitz hatte: so wird dadurch dieser nicht unterbrochen, weil zum Zwecke der Ersitzung der Verpfänder immer noch fort als possessor gilt, so fern nicht der Pfandgläubiger die Sache aus seinem Besitz verlor denn in Beziehung auf Ersitzung gilt Der, welcher die Sache im abgeleiteten Besitz hat, als Stellvertreter Dessen, der sie ihm in den Besitz gab); D. de usurp. l. 16. Es ist also hier von einer accessio possessionis, d. h. davon, daß der Verpfänder sich den Besitz des Gläubigers anzurechnen hätte, nicht die Rede, eben weil zum Zweck der usucapio er selbst noch als Besitzer gilt. Das Gleiche wird man auch in den übrigen Fällen des abgeleiteten Besitzes, z. B. bei Dem, welcher einem Anderen den Besitz der Sache precario überließ, behaupten müssen (mit Ausnahme des Falls, wenn einem Sequester die Sache in der Absicht, den Besitz der Sache aufzugeben, übergeben wurde, D. de poss. l. 39); Bangerow Pand. § 200 Anm. 1. Der Umstand, daß hier von einer accessio possessionis nicht die Rede ist, hat auch deßhalb praktische Bedeutung, weil nun Derjenige, welcher die von ihm besessene Sache einem Anderen in den abgeleiteten Besitz giebt, die Ersitzung selbst während der Zeit, in welcher dieser Andere die Sache im abgeleiteten Besitz hat, vollenden kann, eben weil er ja zum Zweck der Ersitzung noch als wirklicher Besitzer gilt; vgl. auch Arndts § 261 Anm. 2.

Außerordentliche Ersitzung, sogenannte praescriptio longissimi temporis.

§ 139.

(Arndts § 164.)

Diese Ersitzungsart bildet eine wichtige Ergänzung der ordentlichen Ersitzung[1].

Obgleich die einzige Stelle, die von ihr handelt[2], einfach und klar ist, so ist doch unbegreiflicher Weise hier Manches bestritten. Justinian erfordert zu dieser Ersitzung Nichts weiter, als bona fides und die Requisite der sog. Klagenverjährung[3]. Hiernach ergeben sich die Grundsätze über sie unzweifelhaft dahin:

Es wird zu ihr Nichts weiter erfordert, als 30, resp. 40 jähriger Besitz der Sache und bona fides des Besitzers und zwar Letztere nach kanonischem Recht die ganze Ersitzungszeit hindurch. Es gilt also auch bei ihr das oben (§ 138) Ausgeführte. Dagegen unterscheidet sie sich durch Folgendes von der ordentlichen Ersitzung.

1) Es wird zu ihr der Nachweis eines iustus titulus nicht erfordert[4].

2) Es sind ihr auch die Sachen unterworfen, welche[5] der ordentlichen Ersitzung entzogen sind, mit Ausnahme der gestohlenen und geraubten Sachen[6].

3) Der Ersitzende muß die Sache ununterbrochen besessen haben, dreißig Jahre lang; in den Fällen aber, in denen die erlöschende Anspruchsverjährung des Eigenthümers gegen den Besitzer erst in 40 Jahren eintreten würde[7], ist auch zur außerordentlichen Ersitzung des Eigenthümers ein vierzigjähriger Besitz nöthig. Übrigens gilt auch bei der außerordentlichen Ersitzung die accessio possessionis[8], d. h. der Besitzer kann, um die 30, resp. 40 Jahre herauszubringen, sich die Besitzzeit der Vormänner, von denen er die Sache erwarb, anrechnen, vorausgesetzt, daß auch diese die Sache bona fide besessen hatten.

---

[1] S. oben § 137 Nr. II 2. [2] Cod. de praeser. 30 vel 40 ann. 7, 39 cst. 8.
[3] S. oben § 137 Nr. II 2.
[4] Dies giebt auch die herrschende Ansicht in der Praxis zu. Es gilt also ganz das in § 138 Ausgeführte. — Vgl. Arndts l. c. Anm. 2 u. 3.
[5] Vgl. oben § 138. [6] S. oben § 137 bei Anm. 16.
[7] S. oben § 105 Nr. II 2 a u. c (Th. I S. 547).
[8] S. oben § 138 Beil.

Unterbrechung der ordentlichen und außerordentlichen Erſitzung.

§ 140.

(Arndts § 163.)

Während des Laufs der Erſitzung kann eine Unterbrechung eintreten und hierüber gilt bei beiden Erſitzungsarten im Weſentlichen das Gleiche. Natürlich aber wirkt ein Unterbrechungsgrund nur dann, wenn er vor ihrer Vollendung eintrat. Dabei iſt aber (wie bei der Anſpruchsverjährung[1]) zu unterſcheiden:

I. Die eigentliche (wahre) Unterbrechung der Erſitzung (interruptio). Dieſe hat die Bedeutung, daß wenn ſie eintritt, derjenige Theil, welcher bis dahin an der Erſitzungszeit abgelaufen war, gar Nichts mehr gilt; daß daher, wenn ſpäter der Unterbrechungsgrund wegfällt, die Erſitzungszeit ganz von Neuem begonnen werden muß. Solche Unterbrechungsgründe ſind:

1) der Beſitzverluſt. Der Erſitzende muß nämlich die zur Erſitzung nöthige Zeit hindurch die Sache ununterbrochen in ſeinem Beſitz gehabt haben; verliert er ſie daher vor Vollendung der Erſitzung aus ſeinem Beſitz, ſei es auch nur auf ganz kurze Zeit, ſo wird nun ſeine Erſitzung unterbrochen (usurpatio oder ſog. interruptio naturalis) und zwar in der Art, daß wenn er ſpäter wieder den Beſitz der Sache bekommt, er die ganze zur Erſitzung nöthige Zeit wieder von vorn anfangen muß[2].

2) Nach kanoniſchem Recht: mala fides superveniens[3].

3) Die ſog. interruptio civilis. Einem Eigenthümer muß doch, wenn ſeine Sache in die Hände eines Dritten kommt, (die Möglichkeit und) ein Mittel gegeben ſein, ſich dagegen, daß der Dritte ſie ihm abverjährt, zu ſchützen. Dieſes Mittel beſteht darin, daß er noch vor Ablauf der Verjährungszeit den Beſitzer auf Herausgabe der Sache belangt und dadurch die Erſitzung unterbricht. In dieſer Hinſicht aber wurde es bei der alten usucapio[4] ſehr ſtreng genommen. Sie wurde, wenn der Eigenthümer den Beſitzer vor Vollendung der usucapio belangt, dadurch nicht unterbrochen, konnte alſo noch wäh-

[1] S. oben § 106 (Th. I S. 548).
[2] Arndts § 163 Anm. 1. Vgl. oben § 138 Beil., beſ. Lit. A I 3, II 3 C.
[3] S. oben § 138 Nr. III. [4] S. oben § 137 Nr. I 1.

solchen Erwerbsgrundes in Besitz bekam, der in abstracto zu den Eigenthumserwerbarten gehört[7]. War bei dieser Erwerbsart gar kein Mangel vorhanden, so wird er natürlich schon durch sie Eigenthümer der Sache, bedarf also zum Eigenthumserwerb nicht erst einer Ersitzung. Aber auch hier kann ihm doch des Beweises wegen die Ersitzung sehr wichtig werden[8]. War aber bei ihr ein Mangel vorhanden, war die Erwerbsart zwar äußerlich (faktisch) verwirklicht, es lag jedoch bei derselben ein Mangel vor, der den Eigenthumserwerb hinderte, z. B. es hat Jemand an uns eine Sache veräußert und sie uns tradirt, er war aber nicht Eigenthümer derselben, auch nicht befugt, im Namen des Eigenthümers sie zu veräußern, so können wir nun die Sache durch ordentliche Ersitzung ins Eigenthum erwerben[9].

Dabei ist aber noch zu bemerken

1) Wir sprechen gewöhnlich noch von einem titulus putativus[10]. Es sind hier zwei Fälle zu unterscheiden:

a. Der eigentliche, reine Putativtitel bezeichnet den Fall, wenn der Besitzer gar keinen Titel hat, also auch nicht faktisch (äußerlich) sein Besitz auf einen iustus titulus sich stützt; aber er irrig glaubt, einen zu haben, z. B. ich besitze in meiner Bibliothek ein Buch, das ich gekauft zu haben glaube, aber ich hatte es bloß geliehen bekommen; oder ich besitze pro legato, während mir die Sache gar nicht legirt war. Hier ist Regel, daß die usucapio ausgeschlossen ist[11]. Aber es gilt davon die Ausnahme, daß man in solchen Fällen die Sache titulo pro suo ersitzen kann, wenn man aus einem faktischen, durch ganz besondere entschuldigende Umstände veranlaßten Irrthum, also aus ganz plausibeln Gründen den titulus für vorhanden hielt[12].

b. Putativtitel im weitern Sinn. Wenn nämlich der Besitzer aus einem wirklich faktisch vorgefallenen Titel besitzt, aber der Akt nichtig war (z. B. ich habe eine Sache von N. gekauft und sie tradirt erhalten, und es zeigt sich später, daß N. blödsinnig gewesen), so ist

---

[7] Wodurch er wenigstens Eigenthümer werden konnte.

[8] S. oben § 92 Beil. (Th. I S. 477).

[9] D. pro emtore 41, 4 l. 2 § 16; pro legat. 41, 8 l. 4—6; pro suo 41, 10 l. 4 § 2.

[10] Viele, auch Arndts, sind darüber sehr ungenau.

[11] D. h. t. 41, 3 l. 27; pro emtore 41, 4 l. 2 pr.; pro legato 41, 8 l. 2; l. h. t. 2, 6 § 11.

[12] D. pro suo 41, 10 l. 4 § 2 l. 5 § 1; pro emtore 41, 4 l. 11.

auch hier nicht ein (wirklicher) *iustus* titulus vorhanden, sondern nur ein Putativtitel. Aber hier kann man auf den *faktisch* äußerlich vorhandenen Titel hin (pro emtore, nicht pro suo) ersitzen, wenn man das Moment, durch welches die Nichtigkeit begründet war, nicht kannte, also in einem faktischen *Irrthum* über dasselbe sich befand [13].

2) Die Quellen heben eine Reihe *einzelner* Titel besonders heraus, auf welche eine usucapio gegründet werden kann. (Es sind dies aber bloß Beispiele der häufiger vorkommenden Titel, nicht erschöpfende Fälle.) Zu den Hauptfällen gehört die *traditio* ex iusta causa [14], wobei die Quellen durch die *causa* den Titel bezeichnen, d. h. sie sprechen *nicht* von einem titulus *pro tradito*, sondern z. B. wenn man die Sache besitzt in Folge eines Kaufs: titulus *pro emtore*; einer Schenkung: *pro donato*; einer empfangenen Zahlung: pro *soluto* [15].

Bei dem titulus *pro emtore* ist zu beachten, daß zu demselben nicht bloß erfordert wird, daß man die Sache gekauft und tradirt erhalten habe, sondern noch, daß man den Preis bezahlt oder Kredit bekommen hat. Denn ist Letzteres nicht der Fall, so konnte man nur aus einem Rechtsirrthum den titulus für eine Erwerbsart halten [16] und deßhalb nicht usukapiren [17].

Andere Titel sind noch z. B. titulus *pro derelicto*; wenn Jemand eine Sache derelinquirt und ich sie occupire; war er ihr veräußerungsfähiger Eigenthümer, so werde ich Eigenthümer durch occupatio der res derelicta; war er aber nicht Eigenthümer oder nicht veräußerungsfähig, so kann ich die Sache pro derelicto usukapiren [18]. Ferner der titulus pro legato, wenn mir Jemand eine Sache vermacht. War er nicht Eigenthümer der Sache, oder das Legat ungültig oder von ihm später widerrufen, ich weiß aber von diesen Mängeln Nichts, so kann ich die Sache pro legato usukapiren [19]. Selbst wenn mir die Sache gar *nicht vermacht* war, es übergiebt sie mir aber der Erbe in der Meinung, sie sei mir vermacht, so kann ich, wenn die Sache dem Erblasser nicht gehörte, sie doch dem wahren Eigenthümer

[13] D. pro emtore 41, 4 l. 2 § 15, 16; pro legato 41, 8 l. 9.
[14] S. oben § 131.
[15] Vgl oben § 131 Lit C. — D. de usurp. 41, 3 l. 46.
[16] S. oben § 131 Lit. A 2. [17] S. oben Nr. 1 b.
[18] C. pro derelicto 41, tot. tit. [19] D. pro legato 41, 8 l. 1, 4, 5, 6, 9.

abverjähren, nur nicht titulo pro legato, sondern titulo pro soluto oder pro suo[20].

Durch titulus pro suo bezeichnen die Quellen die Titel, die keinen besondern Namen haben. Es ist aber auch der allgemeine Ausdruck für jeden iustus titulus überhaupt; denn es bezeichnet eben: die Sache in der Meinung besitzen, daß man sie rechtmäßig erworben habe, daß sie also uns gehöre[21].

III. Bona fides. Zur Ersitzung wird weiter erfordert: guter Glaube (bona fides) des Besitzers[22], d. h. er muß glauben, die Sache rechtmäßig erworben zu haben, also befugt zu sein, sie sich anzueignen[23]. Diese bona fides war aber nach römischem Recht in der Regel bloß nöthig zur Zeit der Erwerbung der Sache[24]. Weiter aber geht das kanonische Recht; es verlangt zu jeder Ersitzung den guten Glauben die ganze Ersitzungszeit hindurch, so daß man also, wenn man auch die Sache bona fide erwarb, sie doch nicht ersitzen kann bei mala fides superveniens, d. h. wenn man vor Vollendung der Ersitzung sich überzeugt, die Sache sei eine fremde (und man sei nicht berechtigt, sie als die seinige zu behandeln[25]). Viele[26] behaupten, wenn der Besitzer aus einem Rechtsirrthum sich für den Berechtigten halte, so sei er nicht in bona, sondern in mala fide und könne deßhalb die Sache nicht ersitzen. Allein dies würde zu einer Korruption des Begriffs der bona fides führen[27]. Die Stellen, auf die man es stützt[28], sagen nur, durch einen Rechtsirrthum werde die usucapio gehindert, namentlich wenn man keinen iustus titulus für den Besitz hat, aber aus Rechtsirrthum einen zu haben glaubt. Keine Stelle aber negirt in einem solchen Falle die bona fides; vielmehr sagen die Quellen, daß die bona fides auch dann vorhanden

---

[20] D. l. c. l. 2 coll. 41, 10 l. 4 § 2.

[21] D. pro suo 41, 10 l. 1 pr. l. 4 § 2 l. 5 § 1. — Über den auf eine Adjudication sich stützenden Titel s. oben § 121 Beil. a. E. — Über den Titel pro erede gehört das Nähere in das Erbrecht.

[22] Arndts § 160 Note a u. g—l.

[23] S. oben § 122 Nr. I 3 b u. Beil. (zu § 122).

[24] Arndts l. c. Note d u. e.

[25] X. 2, 26 de praescr. cap. 20 u. Arndts l. c. Anm. 2. — Bloßer Zweifel, Ungewißheit ꝛc. hindert nicht (»conscientia rei alienae«). — Die Ersitzung ist also eine Erwerbart, bei welcher nicht die Absicht darauf gerichtet sein darf, das Eigenthum erst durch die Ersitzung zu erwerben.

[26] Auch Arndts l. c. bei Note n u. in Anm. 4.

[27] Vgl. oben § 72 Lit. B 3 (Th. I S. 353).

[28] Arndts l. c. Note n.

sei, wenn man sich aus Rechtsirrthum für den wahren Berechtigten hält[29]. Dies ist namentlich sehr wichtig für die außerordentliche Ersitzung; denn zu dieser wird bloß bona fides, nicht auch ein iustus titulus erfordert und sie wird daher nicht durch einen error iuris gehindert, eben weil dieser nicht einen Mangel an der bona fides erzeugt[30].

IV. Tempus. Der Besitzer muß die zur ordentlichen Ersitzung nöthige Zeit hindurch die Sache im Besitz gehabt haben; bei Mobilien drei Jahre lang, bei Grundstücken inter praesentes zehn, inter absentes zwanzig Jahre lang[31]. Jedoch ist hier eine große Erleichterung durch die accessio temporis oder possessionis gegeben, die bei der alten usucapio wegen ihrer kurzen Zeit in der Regel nicht galt, wohl aber bei der alten longi temporis possessio und von Justinian auf seine ordentliche Ersitzung erstreckt wurde[32]. Vermöge dieser accessio temporis nämlich kann man sich die Besitzzeit des Vormannes, von dem man die Sache bekam, und der (früheren) Vormänner desselben so anrechnen, als ob man die Sache in dieser Zeit selbst besessen gehabt hätte, vorausgesetzt, daß sie auch die Sache im Usukapions-Besitz gehabt hatten[33].

V. Res habilis. Die Sache muß bei der ordentlichen Ersitzung eine solche sein, welche durch diese kürzere Ersitzungszeit erworben werden kann. Dies ist in der Regel bei allen Sachen der Fall; es giebt aber manche Ausnahmen, indem gewisse Sachen der ordentlichen Ersitzung entzogen sind und zwar

1) aus besonderer Begünstigung gewisser Eigenthümer derselben[34]. — In Beziehung auf Sachen der Minderjährigen[35] ist zu bemerken: Sachen, die einem Minderjährigen gehören, konnten nicht durch die alte longi temporis possessio ersessen werden, wohl aber durch die alte usucapio. Nur wurde dem Minderjährigen, wenn er seine Sache durch usucapio aus dem Eigenthum verloren hatte, auf einem Umweg geholfen; er wurde gegen diese usucapio unbedingt in

---

[29] S. oben § 122 Beil. Nr. 2.
[30] S. oben § 72 Beil. Nr. III (Th. I S. 356).
[31] S. oben § 137 Nr. II. Vgl. oben § 51 a. E. (Th. I S. 233).
[32] I. de usuc. 2, 6 § 12. Arndts § 161 Anm. 1.
[33] Das Nähere hierüber und über die Usukapion, wenn der Besitzer stirbt, s. unten in der Beil.
[34] S. Arndts § 162 Nr. 1. [35] Arndts l. c. Lit. c.

integrum restituirt und ihm durch richterlichen Spruch sein Eigenthum wiederhergestellt. Justinian aber bestimmte[36] ganz allgemein: über die Zulässigkeit einer Ersitzung gegen Minderjährige soll Das gelten, was über die Zulässigkeit einer erlöschenden Anspruchsverjährung gegen sie gelte[37]. Hieraus ergiebt sich, daß gegen einen impubes (so lange er impubes ist) gar keine Ersitzung läuft, gegen einen pubes minor aber zwar die ordentliche Ersitzung in 3, 10 und 20 Jahren nicht läuft, wohl aber die (außerordentliche) 30 jährige Ersitzung[38].

2) Gewisse Sachen sind wegen eines vitium rei inhaerens der ordentlichen Ersitzung entzogen[39]. Zu diesen gehören namentlich die res furtivae, d. h. bewegliche Sachen, welche dem Besitzer durch ein furtum entzogen wurden. Natürlich kann der fur selbst solche Sachen nicht ersitzen, weil er in mala fide ist; aber auch ein Dritter, der sie bona fide und iusto titulo an sich bringt, kann sie nicht durch ordentliche Ersitzung erwerben, so lange nicht das vitium purgirt ist[40]. Wohl zu beachten ist, daß man nicht, wie es Viele thun, res furtivae übersetzen darf durch „gestohlene Sachen". Denn es gehören viele Fälle zum furtum, die nicht unter den deutschrechtlichen Begriff des Diebstahls fallen, wie z. B. unterschlagene, geraubte Sachen; ferner Sachen, die ein malae fidei possessor unbefugt veräußerte[41].

Beilage.

Accessio possessionis bei der ordentlichen Ersitzung (Usukapion) des Eigenthums. Es ist ein sehr natürlicher Gedanke des römischen Rechts, Demjenigen, der sich auf Ersitzung einer Sache beruft, das Recht einzuräumen, sich, um die Vollendung der Ersitzung herauszubringen, die Zeit, welche hindurch seine Vorgänger die Sache besessen hatten, in seine Ersitzungszeit einzurechnen, d. h. sich so anzurechnen, als ob er selbst in dieser Zeit die Sache in Besitz gehabt hätte („accessio possessionis oder temporis"). Denn wenn es gleich keine eigentliche Succession im Besitze giebt, weil er etwas rein Faktisches ist: so ist es doch gewiß durchaus angemessen, auch der Rechtskonsequenz nicht entgegen, daß, wenn man eine Sache von einem Anderen erhielt, auch die günstige Lage, in welcher Dieser in Beziehung auf die Ersitzung sich befand, uns gegen Dritte zu gut kommen soll. — Bei den Quellenstellen aber, die von

---

[36] Cod. in quib. c. in int. 2, 41 cst. 5.

[37] Also das in oben § 105 Nr. I 5 (Th. I S. 545) Ausgeführte.

[38] Arndts l. c. Anm. 1 und besonders die dort angeführte Abhandlung von Arndts in der Gießener Zeitschrift Bd. 20.

[39] S. Arndts § 162 Nr. 2.

[40] Hierüber s. Arndts l. c. Anm. 3 und bei Note g. h. — I. de usuc. 2, 6 § 2—6.

[41] Über Das, was Arndts l. c. Nr. 2 c sagt, s. unten die Beil. Lit. A Nr. II 4 a. E. — Über den letzten Absatz des § 162 (Arndts, s. die Lehre von der dos.

der accessio possessionis handeln (beſ. D. »de divers. temporal. praescriptionib. et de accessionib. possessionum« 44, 3) muß man beachten, daß es im älteren römiſchen Recht auch noch eine accessio possessionis beim interdictum utrubi gab, bei der zum Theile Grundſätze galten, die auf die accessio possessionis bei der Erſitzung nicht anwendbar ſind, daß aber die accessio temporis beim interdictum utrubi und ſomit die Stellen, welche ſich bloß auf ſie beziehen, durch Juſtinians Ausgleichung des interdictum utrubi mit dem interdictum uti possidetis (§ 128 Beil. Lit. A. im Anfang) unpraktiſch wurden; vergl. auch Arndts § 161 Anm. 1.

Bei der accessio possessionis muß man den Fall der Univerſalſucceſſion, in welchem Beſonderes gilt (Lit. B), ausſcheiden von den übrigen Fällen, in welchen eine accessio ſtatt hat.

A. Eine accessio possessionis, ſo weit ſie ſich nicht auf eine Univerſalſucceſſion bezieht, iſt

I. in folgenden Fällen zuläſſig:

1) Wenn man eine Sache von einem Anderen, der ſie beſeſſen hatte (vgl. Nr. II), durch ein Rechtsgeſchäft erwarb, z. B. man ſie von ihm in Folge eines Kaufs, einer Schenkung, einer Heirathgutsbeſtellung, eines Vermächtniſſes und dergl. tradirt erhielt: ſo kann man ſich den Beſitz dieſes Vorgängers (des Auktors) zum eigenen Erſitzungsbeſitz hinzurechnen: D. de div. temp. praesc. 44, 3 l. 14 pr. § 1, 2 l. 15 § 3, 4. 6; de iure dot. 23, 3 l. 7 § 3 init.; de C. E. 18, 1 l. 76 § 1; de poss. 41, 2 l. 13 § 6, 10, 11; pro emt. 41, 4 l. 2 § 20; C. de usuc. transf. 7, 31 cst. un. verb. »et ut continuetur ei« ꝛc. ꝛc.; I. de usuc. 2, 6 § 13.

2) In gleicher Weiſe kann man ſich auch den Erſitzungsbeſitz der Vorgänger unſeres Auktors anrechnen, D. de div. temp. praescr. l. 15 § 1 u. 2, und auch den früheren eigenen, wenn man ſelbſt zu dieſen Vorgängern gehörte, z. B. ich erwarb den Beſitz eines Grundſtücks am 1. Januar 1865, verkaufte es 1868 an den A. und tradirte es ihm, dieſer verkaufte es wieder an mich im Jahre 1874 und im Anfang des Jahres 1867 vindicirt von mir der X. das Grundſtück als angeblicher Eigenthümer; hier gelte ich zum Zwecke der Erſitzung als Beſitzer desſelben vom 1. Januar 1865 an, indem ich mir nicht nur meine dermalige, ſondern auch meine frühere Beſitzzeit und auch die des A. anrechnen kann, ſo daß ich die zur Uſukapion nöthige Zeit der zehn Jahre vollendet habe; würde ich die Sache im Jahre 1875 an B. veräußert und ihm übergeben haben: ſo könnte dieſer ſich ebenſo in ſeine Beſitzzeit meine früheren beiden Beſitzzeiten und die des A. anrechnen; D. l. c. l. 6 pr.

3) Wenn man eine Sache an einen Dritten veräußert hat, aber die Veräußerung anfechten kann, z. B. wegen erlittenen Betrugs oder wegen laesio enormis, und in Folge der Anfechtung die Sache wieder in unſere Hände kommt: ſo kann man ſich ebenfalls die Zeit, in welcher der Dritte die Sache beſaß, und natürlich auch die, in welcher man ſie vor ihm beſaß, anrechnen; D. de poss. 41, 2 l. 13 § 2, 9; de usuc. 41, 3 l. 19 a. E. Das Gleiche gilt auch, wenn man eine Sache unter einer Reſolutivbedingung an einen Dritten veräußerte, ſpäter die Bedingung eintritt und der Dritte nun die Sache zurückgiebt; auch hier kann man ſich den Beſitz, den der Dritte in der Zwiſchenzeit hatte, anrechnen, l. 19 cit. und D. de div. temp. praescr. l. 6 § 1.

II. Um aber in dieſen Fällen von der accessio Gebrauch machen zu können, wird erfordert:

1) Man muß ſelbſt die Sache in Beſitz gehabt haben; denn nur zu unſerem Erſitzungsbeſitz können wir den unſerer Vorgänger hinzurechnen; D. de possess. l. 13 § 12; de divers. temp. praescr. l. 16.

2) Das Rechtsgeſchäft, durch welches die Sache erworben wurde (Nr. I), muß an ſich gültig geweſen ſein, D. pro emt. 41, 4 l. 2 § 16.

3) Der Beſitz muß ohne Unterbrechung von dem einen Vorgänger auf den anderen und auf Den, der von der accessio Gebrauch machen will, übergegangen ſein. Wenn z. B. der A. eine bewegliche Sache im Jahre 1870 in Beſitz

bekam, sie im Jahre 1871 an den B. verkauft und ihm tradirt, der B. sie im Januar 1872 verliert und erst am 1. Februar 1872 wieder bekommt und sie dann im Jahre 1874 an mich verkauft: so kann ich mir die Besitzzeit des A. gar nicht und die des B. erst vom 1. Februar 1872 an anrechnen, weil vor dem 1. Februar eine Unterbrechung im Besitze des B. eingetreten war; D. de div. temp. praescr. l. 15 § 1.

4) Will man zum Zweck der ordentlichen Ersitzung von der accessio Gebrauch machen: so muß man nicht nur selbst die Sache im Usukapionsbesitz gehabt (D. pro emt. l. 2 § 17), sondern es mußte auch der Vorgänger die Sache mit allen zur ordentlichen Ersitzung gehörigen Erfordernissen besessen haben, D. de poss. 41, 2 l. 13 § 13. War Letzteres nicht der Fall, so ist zu unterscheiden: a. Fehlte dem Vorgänger der iustus titulus: so können wir zwar die Sache usukapiren, wenn wir sie iusto titulo von ihm bekamen: allein wir dürfen uns dann seine Besitzzeit nicht anrechnen und natürlich auch nicht die Besitzzeit seiner Vorgänger; D. de div. temp. praescr. l. 5 pr. Wenn ihm aber b. die bona fides fehlte: so fällt nicht nur die accessio possessionis weg, sondern wir können die Sache in der Regel gar nicht durch ordentliche Ersitzung erwerben; denn ist die Sache eine bewegliche: so wird sie dadurch, daß ein malae fidei possessor sie veräußerte, eine res »furtiva« und wir können sie deßhalb nicht (wenn wir gleich in bona fide sind) durch ordentliche Ersitzung erwerben, weil res furtivae derselben entzogen sind; ist sie aber eine unbewegliche: so ist nach einer Bestimmung Justinians (Nov. 119 cap. 7) die ordentliche Ersitzung an ihr ebenfalls ausgeschlossen, aber nur für Den, der sie unmittelbar vom malae fidei possessor erhielt, und auch für Diesen nur, wenn der Eigenthümer der Sache nicht wußte, daß ihm an ihr das Eigenthum zustehe oder von der geschehenen Veräußerung Nichts erfahren hat.

B. Dem Erben (und ebenso auch anderen Universalsuccessoren D. pro emt. 41, 4 l. 2 § 19) kommt, da er die vom Erblasser angeknüpften vermögensrechtlichen Verhältnisse so fortsetzt, wie sie beim Erblasser bestanden, auch der Usukapionsbesitz des Erblassers zu statten. Aber es ist hier Folgendes zu beachten:

1) Mit dem Tode des Erblassers sind die Nachlaßsachen ohne Besitzer; denn die hereditas iacens kann nicht besitzen; oben § 127 Beil. Nr. I. S. 76.

2) Dennoch aber kann, was freilich anomal, aber durch das praktische Bedürfnis geboten ist, die hereditas iacens eine vom Erblasser begonnene Ersitzung fortsetzen, D. de usurp. 41, 3 l. 44 § 3 (»sed haec iure singulari recepta sunt«) l. 20, und sogar vollenden, also dadurch das Eigenthum der Sache für den Nachlaß erwerben; D. pro emt. 41, 4 l. 6 § 2 l. 7 pr.; de usurp. l. 40, ex quib. caus. mai. 4, 6, l. 30 pr. a. E. (über diese Stelle s. auch Ihering Abhandlungen S. 251). Nur ist natürlich eine solche Fortsetzung der Ersitzung dann nicht zulässig, wenn inzwischen ein Dritter die Sache in Besitz nahm; D. l. 6 § 2 cit.; de usurp. l. 20.

3) Wenn der Erbe die Erbschaft antritt: so succedirt er nun in allen diesen Beziehungen »in usucapionem« (vgl. l. 30 pr. D. ex quib. caus. mai.); wenn nämlich a. durch die hereditas iacens die Ersitzung vollendet worden war: so tritt er nun in das von dieser erworbene Eigenthum ein; b. war sie noch nicht vollendet: so setzt er die vom Erblasser begonnene und von der hereditas iacens fortgesetzte Usukapion weiter fort (natürlich wieder vorausgesetzt, daß nicht inzwischen ein Dritter die Sache in Besitz nahm), und kann sie auf diese Weise vollenden, und zwar gilt Beides (a. u. b.), selbst wenn er noch gar nicht von der Sache Besitz ergriffen hätte. Das Letztere leugnet zwar Unterholzner, Verjährungslehre § 133 und theilweise auch Puchta, Pand. § 156 Note l., allein gegen die klare Entscheidung der Quellen; s. D. de usurp. l. 31 § 5; pro emt. l. 6 § 2, l. 7 pr. und besonders Ihering a. a. O. S. 252—261 (namentlich auch über die l. 30 § 5 de poss., auf welche Puchta seine Ansicht mit Unrecht stützt).

4) Besitzer der Nachlaßsachen wird der Erbe erst dadurch, daß er den Besitz derselben ergreift oder durch einen Stellvertreter ergreifen läßt, D. si is, qui test. 47, 4 l. 1 § 15, de poss. l. 23 pr. l. 30 § 5; wenn dann die Ersitzung der Sache noch nicht nach Nr. 2 u. 3 vollendet ist: so setzt er nun den Ersitzungsbesitz des Erblassers fort, so daß er sich dabei die ganze Zeit, in welcher der Erblasser besessen hatte und nach dessen Tode die Sache sich im Nachlaß befand, in seine Besitzzeit einrechnen kann; D. pro emt. l. 2 § 18, de div. temp. praescr. 44, 3 l. 14 § 1.

5) Damit aber Dieses (Nr. 2—4) zulässig ist, muß der Erblasser die Sache unter den zur Ersitzung nöthigen Erfordernissen, also bei der ordentlichen Ersitzung iusto titulo und bona fide besessen haben. War der Besitz des Erblassers ein fehlerhafter, fehlte ihm also der iustus titulus oder war er in mala fide: so kann weder von der hereditas iacens, noch von dem Erben, sollte dieser auch in bona fide sein, die ordentliche Ersitzung fortgesetzt werden; I. de usuc. 2, 6 § 12. Dieses hatte aber nach dem römischen Rechte in einem Punkte einen Vortheil für den Erben; denn hatte der Erblasser den Besitz der Sache bona fide erworben, der Erbe weiß aber, daß die Sache dem Erblasser nicht gehörte, ist also in mala fide: so konnte er dennoch die vom Erblasser begonnene Ersitzung vollenden, weil der Erbe lediglich als Fortsetzer des vom Erblasser Begonnenen zu behandeln ist, nach römischem Recht aber bona fides in der Regel nur zur Zeit des Anfangs des Ersitzungsbesitzes nöthig war, diese aber im vorliegenden Falle an jenem Zeitpunkte (beim Erblasser) nicht fehlte; I. l. c.; D. pro emt. 41, 4 l. 2 § 19. Allein nach kanonischem Recht und daher bei uns ist dies anders, da nach kanonischem Recht die bona fides die ganze Ersitzungungszeit hindurch vorhanden sein muß; befand sich daher der Erbe in mala fide und war, als er die Erbschaft antrat, die Ersitzung noch nicht vollendet: so kann er sie nicht mehr fortsetzen.

6) Natürlich kann ein Erbe, neben dem, daß ihm die Besitzzeit des Erblassers und die Zeit, in welcher die Sache sich in der hereditas iacens befand, zu Gute kommt, sich auch noch nach den Grundsätzen unter A. die Besitzzeit der Vorgänger, von denen der Erblasser die Sache bekommen hat, anrechnen; D. de div. temp. praescr. l. 15 § 6.

C. Wenn Jemand seine Sache einem Anderen zum Faustpfand giebt: so verliert er den Besitz an den Pfandgläubiger und Dieser wird Besitzer, obwohl der Letztere den animus domini nicht hat, § 122. Allein, wenn der Verpfänder die Sache im Ersitzungsbesitz hatte: so wird dadurch dieser nicht unterbrochen, weil zum Zwecke der Ersitzung der Verpfänder immer noch fort als possessor gilt, so fern nicht der Pfandgläubiger die Sache aus seinem Besitz verlor (denn in Beziehung auf Ersitzung gilt Der, welcher die Sache im abgeleiteten Besitz hat, als Stellvertreter Dessen, der sie ihm in den Besitz gab); D. de usurp. l. 16. Es ist also hier von einer accessio possessionis, d. h. davon, daß der Verpfänder sich den Besitz des Gläubigers anzurechnen hätte, nicht die Rede, eben weil zum Zweck der usucapio er selbst noch als Besitzer gilt. Das Gleiche wird man auch in den übrigen Fällen des abgeleiteten Besitzes, z. B. bei Dem, welcher einem Anderen den Besitz der Sache precario überließ, behaupten müssen (mit Ausnahme des Falls, wenn einem Sequester die Sache in der Absicht, den Besitz der Sache aufzugeben, übergeben wurde, D. de poss. l. 39); Bangerow Pand. § 200 Anm. 1. Der Umstand, daß hier von einer accessio possessionis nicht die Rede ist, hat auch deßhalb praktische Bedeutung, weil nun Derjenige, welcher die von ihm besessene Sache einem Anderen in den abgeleiteten Besitz giebt, die Ersitzung selbst während der Zeit, in welcher dieser Andere die Sache im abgeleiteten Besitz hat, vollenden kann, eben weil er ja zum Zweck der Ersitzung noch als wirklicher Besitzer gilt; vgl. auch Arndts § 261 Anm. 2.

Außerordentliche Ersitzung, sogenannte praescriptio longissimi temporis.

§ 139.

(Arndts § 164.)

Diese Ersitzungsart bildet eine wichtige Ergänzung der ordentlichen Ersitzung[1].

Obgleich die einzige Stelle, die von ihr handelt[2], einfach und klar ist, so ist doch unbegreiflicher Weise hier Manches bestritten. Justinian erfordert zu dieser Ersitzung Nichts weiter, als bona fides und die Requisite der sog. Klagenverjährung[3]. Hiernach ergeben sich die Grundsätze über sie unzweifelhaft dahin:

Es wird zu ihr Nichts weiter erfordert, als 30, resp. 40 jähriger Besitz der Sache und bona fides des Besitzers und zwar Letztere nach kanonischem Recht die ganze Ersitzungszeit hindurch. Es gilt also auch bei ihr das oben (§ 138) Ausgeführte. Dagegen unterscheidet sie sich durch Folgendes von der ordentlichen Ersitzung.

1) Es wird zu ihr der Nachweis eines iustus *titulus* nicht erfordert[4].

2) Es sind ihr auch *die Sachen* unterworfen, welche[5] der ordentlichen Ersitzung entzogen sind, mit Ausnahme der gestohlenen und geraubten Sachen[6].

3) Der Ersitzende muß die Sache ununterbrochen besessen haben, *dreißig* Jahre lang; in den Fällen aber, in denen die erlöschende Anspruchsverjährung des Eigenthümers gegen den Besitzer erst in 40 Jahren eintreten würde[7], ist auch zur außerordentlichen Ersitzung des Eigenthümers ein *vierzigjähriger* Besitz nöthig. Übrigens gilt auch bei der außerordentlichen Ersitzung die *accessio* possessionis[8], d. h. der Besitzer kann, um die 30, resp. 40 Jahre herauszubringen, sich die Besitzzeit der Vormänner, von denen er die Sache erwarb, anrechnen, vorausgesetzt, daß auch diese die Sache bona fide besessen hatten.

---

[1] S. oben § 137 Nr. II 2. [2] Cod. de praeser. 30 vel 40 ann. 7, 39 cst. 8.
[3] S. oben § 137 Nr. II 2.
[4] Dies giebt auch die herrschende Ansicht in der Praxis zu. Es gilt also ganz das in § 138 Ausgeführte. — Vgl. Arndts l. c. Anm. 2 u. 3.
[5] Vgl. oben § 138. [6] S. oben § 137 bei Anm. 16.
[7] S. oben § 105 Nr. II 2 a u. c (Th. I S. 547).
[8] S. oben § 138 Beil.

Unterbrechung der ordentlichen und außerordentlichen Erſitzung.

§ 140.

(Arndts § 163.)

Während des Laufs der Erſitzung kann eine Unterbrechung eintreten und hierüber gilt bei beiden Erſitzungsarten im Weſentlichen das Gleiche. Natürlich aber wirkt ein Unterbrechungsgrund nur dann, wenn er vor ihrer Vollendung eintrat. Dabei iſt aber (wie bei der Anſpruchsverjährung[1]) zu unterſcheiden:

I. Die eigentliche (wahre) Unterbrechung der Erſitzung (interruptio). Dieſe hat die Bedeutung, daß wenn ſie eintritt, derjenige Theil, welcher bis dahin an der Erſitzungszeit abgelaufen war, gar Nichts mehr gilt; daß daher, wenn ſpäter der Unterbrechungsgrund wegfällt, die Erſitzungszeit ganz von Neuem begonnen werden muß. Solche Unterbrechungsgründe ſind:

1) der Beſitzverluſt. Der Erſitzende muß nämlich die zur Erſitzung nöthige Zeit hindurch die Sache ununterbrochen in ſeinem Beſitz gehabt haben; verliert er ſie daher vor Vollendung der Erſitzung aus ſeinem Beſitz, ſei es auch nur auf ganz kurze Zeit, ſo wird nun ſeine Erſitzung unterbrochen (usurpatio oder ſog. interruptio naturalis) und zwar in der Art, daß wenn er ſpäter wieder den Beſitz der Sache bekommt, er die ganze zur Erſitzung nöthige Zeit wieder von vorn anfangen muß[2].

2) Nach kanoniſchem Recht: mala fides superveniens[3].

3) Die ſog. interruptio civilis. Einem Eigenthümer muß doch, wenn ſeine Sache in die Hände eines Dritten kommt, (die Möglichkeit und) ein Mittel gegeben ſein, ſich dagegen, daß der Dritte ſie ihm abverjährt, zu ſchützen. Dieſes Mittel beſteht darin, daß er noch vor Ablauf der Verjährungszeit den Beſitzer auf Herausgabe der Sache belangt und dadurch die Erſitzung unterbricht. In dieſer Hinſicht aber wurde es bei der alten usucapio[4] ſehr ſtreng genommen. Sie wurde, wenn der Eigenthümer den Beſitzer vor Vollendung der usucapio belangt, dadurch nicht unterbrochen, konnte alſo noch wäh-

[1] S. oben § 106 (Th. I S. 548).
[2] Arndts § 163 Anm. 1. Vgl. oben § 138 Beil., beſ. Lit. A I 3, II 3 C.
[3] S. oben § 138 Nr. III. [4] S. oben § 137 Nr. I 1.

rend des Processes vom Besitzer vollendet werden. Nur nützte es dem Besitzer nicht viel. Denn wenn er erst nach der litis contestatio die usucapio vollendete, so wurde er zwar Eigenthümer der Sache; aber er war nun dem Kläger, wenn dieser nachwies, daß die Sache ihm gehört hatte, durch die litis contestatio persönlich verpflichtet, obligirt, die Sache ihm herauszugeben und dadurch wieder das Eigenthum auf ihn zu übertragen[5]. Anders dagegen war es bei der alten longi temporis possessio[6], was freilich Viele, jedoch mit Unrecht, leugnen. Diese wurde nämlich, wenn der Eigenthümer noch vor ihrem Ablaufe gegen den Besitzer klagte und es zur litis contestatio kam, dadurch wirklich unterbrochen, so daß der Besitzer während des Processes sie nicht mehr vollenden konnte[7]. Sehr bestritten ist nun aber die Frage, was bei dem justinianischen kombinirten Institute, bei unserer ordentlichen Ersitzung gelte; namentlich wollen Manche[8] auf diese das Recht der alten usucapio anwenden. Allein dies ist unrichtig. Denn Justinian geht[9] entschieden davon aus, daß jede Verjährung, sowohl die erlöschende als die erwerbende, also auch jede Ersitzung des Eigenthums, somit nicht bloß die außerordentliche (bei der es Alle zugeben), sondern auch die ordentliche, eine wirkliche Unterbrechung dadurch erleide, daß der Eigenthümer noch vor Ablauf der Verjährungszeit gegen den Besitzer klagt und zwar daß diese Unterbrechung nicht erst mit der litis contestatio eintrete, sondern schon mit dem Tage, an welchem die Klage dem Beklagten insinuirt wurde, also mit dem Tage der insinuirten Ladung[10].

Wenn nun auf diese Weise die Ersitzung unterbrochen, der Proceß aber nicht durchgeführt wird, sondern liegen bleibt, so beginnt nun von der letzten Handlung des Gerichts oder der letzten gerichtlichen Handlung der Parteien an die Ersitzung wieder zu laufen. Aber sie muß von vorn an wieder laufen und zwar kann nun die Sache von da an erst durch 40jährigen Besitz (sog. Verjährung der Litispendenz) ersessen werden[11]. Kann die Klage dem Besitzer nicht insinuirt werden,

---

[5] Arndts l. c. Anm. 2. [6] S. oben § 137 Nr. I 2.
[7] Meine Erörterungen III S. 99 f., Windscheid Pand. § 180 Noten 7. 8.
[8] Auch Arndts § 163 Anm. 2.
[9] Wie aus Cod. de annal. except. 7, 40 cst. 2 § 1 sich ergiebt.
[10] Näheres s. in Meinen Erörterungen III S. 102—105 und nun auch Windscheid Pand. § 180.
[11] Cod. de praescr. trig. 7, 39 cst. 9. Meine Erörterungen III 90 f.,

weil er abwesend oder unbekannt ist, so kann der Eigenthümer die Ersitzung durch Protestation [12] unterbrechen.

II. Die bloße Sistirung, das Ruhen der Verjährung. Diese ist wesentlich von der wirklichen Unterbrechung verschieden. Sie besteht nämlich darin, daß durch einen gewissen Umstand der Lauf der Verjährung bloß so lange gehindert oder zum Stillstand gebracht wird, als jener Umstand besteht (sog. praescriptio dormiens oder quiescens). Hier ist daher der Zeittheil, der bei dem Eintritt des Sistirungsgrundes an der Ersitzungszeit abgelaufen war, keineswegs nutzlos. Denn, wenn der Sistirungsgrund später wieder wegfällt, so läuft nun die Ersitzung da wieder fort, wo sie vor Eintritt des Sistirungsgrundes stehen geblieben war. Dies ist der Fall:

1) Sowohl bei der ordentlichen als bei der außerordentlichen Ersitzung:

a. Gewisse Eigenthümer sind dadurch begünstigt, daß während einer gewissen Zeit jede Ersitzung gegen sie sistirt ist, nämlich

α. wenn das Eigenthum der Sache (welche der Besitzer besitzt) einem impubes zusteht, so läuft gegen ihn die Ersitzung nicht, so lange er impubes ist [13], d. h. der Besitzer darf die Zeit, während welcher der Eigenthümer impubes ist, sich nicht als Theil der zur Ersitzung nöthigen Zeit anrechnen, z. B. N. besitzt eine bewegliche Sache iusto titulo und bona fide seit dem 1. Juli 1874; ihr Eigenthümer stirbt am 1. Januar 1876 und wird von seinem 6 jährigen Knaben beerbt; dieser Knabe stirbt am letzten December 1880 (also nach 5 Jahren), und wird von einem Volljährigen beerbt; hier hat N. die Sache noch nicht ersessen, obwohl er sie $6\frac{1}{2}$ Jahre im Besitz hat; denn von seiner Besitzzeit sind 5 Jahre abzurechnen, während welcher jener impubes Eigenthümer der Sache war; er muß daher, um die Verjährung zu vollenden, vom letzten December 1880 an noch $1\frac{1}{2}$ Jahre besitzen.

β. Sachen eines Hauskindes, die zu seinem peculium adventitium ordinarium gehören, sind jeder Ersitzung entzogen, so lange

---

102 f. — Natürlich aber bewirkt der Proceß dann nicht eine Unterbrechung der Ersitzung, wenn der Kläger mit seiner Klage abgewiesen wurde, namentlich wenn er sein Eigenthum nicht beweisen kann.

[12] S. oben § 106 (Th. I S. 549). Cod. de annal. except. 7, 40 cst. 2 § 1.

[13] S. oben § 138 Nr. V.

die väterliche Gewalt dauert; d. h. wenn ſolche Sachen in die Hände eines Dritten kommen, ſo läuft gegen das Hauskind während der Dauer der väterlichen Gewalt weder die ordentliche noch die außerordentliche Erſitzung [14].

b. Wenn und ſo lange der Berechtigte durch einen Krieg im Lande an der Verfolgung ſeines Rechts behindert wird. Hier iſt während dieſer Zeit die Verjährung ſiſtirt [15]. Dagegen wird der Lauf der Verjährung nicht gehindert, wenn der Eigenthümer durch andere faktiſche Hinderniſſe abgehalten wurde, ſein Eigenthum noch zur rechten Zeit geltend zu machen, z. B. weil er außer Landes iſt, oder weil er gar nicht weiß, wer ſeine Sache beſitzt [16], oder weil er gar nicht weiß, daß ihm die Sache gehört. In einigen hierher gehörigen Fällen aber wird dem Eigenthümer, der an Verfolgung ſeines Rechts gehindert war und welcher deßhalb durch Verjährung ſein Eigenthum verlor, durch eine Reſtitution gegen die abgelaufene Verjährung geholfen [17].

2) Bloß die ordentliche Erſitzung wird ſiſtirt, wenn die Sache an einen Eigenthümer kommt, gegen den die ordentliche Erſitzung ausgeſchloſſen und nur die außerordentliche Erſitzung zuläſſig iſt [18]. Die Folge dieſer Siſtirung iſt, daß die ordentliche Erſitzung nicht weiter läuft, ſo lange die Sache jenem Eigenthümer gehört. Es muß daher der Beſitzer, wenn er ſich ſpäter auf ordentliche Erſitzung beruft, ſich von ſeiner Beſitzzeit die Zeit abrechnen, in welcher die Sache einem ſolchen privilegirten Eigenthümer gehörte. Er kann aber auch ſtatt deſſen ſich auf außerordentliche Erſitzung berufen und dann dabei jene Erſitzzeit mit einrechnen, aber dann muß er die Sache 30, reſp. 40 Jahre lang [19] beſeſſen haben.

---

[14] Cod. de annal. except. 7, 40 cst. 1 § 2, Nov. 119 cap. 7. — Über das von Arndts § 163 Anm. 3 Berührte (tignum iunctum) ſ. oben § 124 bei Anm. 13 u. § 133 Beil. III Nr. 1. — Die cst. 1 § 2 cit. erklärt dies ausdrücklich lediglich aus dem: agere non valere ꝛc. Allein dies iſt eben falſch; es müßte dann ebenſo und noch mehr für furiosi und juriſtiſche Perſonen, überhaupt für Solche gelten, die in der Adminiſtration eines Stellvertreters ſtehen, auch für Bevormundete (minores). In den α. β. angeführten Fällen ſind die Eigenthümer oder ihre Vertreter rechtlich nicht gehindert, ihr Eigenthum durch eine Klage geltend zu machen; vielmehr beruhen dieſe Ausnahmen auf einer bloßen Begünſtigung der Eigenthümer.

[15] Arndts § 110 Note d. [16] Vgl. oben bei Anm. 12.

[17] Vgl. oben § 114 Nr. VI (Th. I S. 582 f.).

[18] S. oben § 138 Nr. V 1 [19] S. § 139 Nr. 3.

Beweis und Wirkung der Ersitzung.

§ 141.

I. Wer sich auf Ersitzung beruft, hat natürlich zu beweisen, daß er durch Ersitzung an der betreffenden Sache das Eigenthum erworben habe. Er hat aber, wenn er sich auf ordentliche Ersitzung beruft, bloß zu beweisen, daß er die Sache iusto titulo in den Besitz bekommen und bei Ablauf der Ersitzungszeit sie im Besitz gehabt habe; beruft er sich auf außerordentliche Ersitzung, so hat er nicht einmal einen iustus titulus nachzuweisen, sondern bloß zu beweisen, daß er die Sache in Besitz bekommen und sie am Schluß der 30 Jahre besessen habe. Daß er in diesen Zeiten die Sache ununterbrochen in Besitz gehabt habe, und daß er in bona fide gewesen sei, hat er nicht zu beweisen; auch hat er bei der ordentlichen Ersitzung nicht nachzuweisen, daß die Sache nicht zu den der ordentlichen Ersitzung entzogenen[1] gehöre. Denn das ist (vorbehältlich des Gegenbeweises) gesetzlich anzunehmen[2], daß nicht besondere Unregelmäßigkeiten, wie Unterbrechung des Besitzes oder mala fides oder Nichtersitzbarkeit der Sache vorliegen. Wenn daher der Gegner sich darauf beruft, die Ersitzung sei nicht eingetreten, weil Dem, der die Ersitzung behauptet, die bona fides gefehlt habe, oder weil die Ersitzung in ihrem Laufe unterbrochen oder sistirt worden sei; oder bei der behaupteten ordentlichen Ersitzung, weil die Sache eine solche sei, welche nicht usukapirt werden könne[3]: so sind dies Einreden, welche der Gegner zu beweisen hat und die also, wenn er sie nicht beweisen kann, nicht zu beachten sind[4].

II. Wirkung der Ersitzung. Ist die Ersitzung vollendet, so erlischt nun das Eigenthum des bisherigen Eigenthümers und der Besitzer erwirbt das Eigenthum der Sache, aber nicht als successor des bisherigen Eigenthümers; denn das Recht des letzteren wird durch die Ersitzung vernichtet und in der Person des Ersitzenden beginnt ein ganz neues Eigenthum[5].

---

[1] Vgl. oben § 138 Nr. V.
[2] S. oben § 101 Beil. Nr. II (Th. I S. 524).
[3] Vgl. oben § 138 Nr. V.
[4] S. oben § 101 Beil. II Nr. I u. II 1. 2 a. E. (Th. I S. 523 f.).
[5] Die Ersitzung ist daher eine originäre Eigenthumserwerbung. Vgl. Mein Handbuch des Württ. Privatrechts S. 612 Anm. 4.

Bei der Ersitzung des Eigenthums erlöschen aber nicht auch die iura in re, z. B. Servituten, die einem Dritten an der Sache zustanden, wenn nicht auch gerade in Beziehung auf sie eine besondere erlöschende Verjährung eintrat. Denn sie haften nicht auf dem Eigenthum Dessen, der sein Eigenthum durch Ersitzung verlor, sondern auf der Sache.

Auch ist wohl zu beachten, daß dadurch, daß der Besitzer einer Sache sie ersitzt, nicht auch Obligationen erlöschen, in denen er etwa in Beziehung auf die Sache stand, z. B. A. besitzt eine Uhr, die er für die seine hält, die aber dem B. gehört. Er glaubt, dem C. die Uhr schuldig zu sein aus einem Grund, der gar nicht existirt, und zahlt [tradirt] sie ihm in diesem Irrthum (also indebite), den C. mit ihm theilt; C. besitzt nun die Sache titulo pro soluto, ist aber dem A. obligirt, die Uhr wieder zurückzugeben und diese obligatio kann A. mit einer condictio indebiti geltend machen; dauert nun der Besitz des C. drei Jahre, so ist er Eigenthümer der Uhr durch ordentliche Ersitzung geworden und B. hat also sein Eigenthum verloren. Aber A. kann auch nachher noch mit der condictio indebiti die Uhr dem C. wieder abfordern, weil die Obligation des C. zur Zurückgabe der Nichtschuld erst in 30 Jahren verjährt[6].

Endlich ist zu beachten, daß in Fällen, in welchen der Ersitzende aus irgend einem Grunde obligirt ist, die Sache einem Dritten herauszugeben, seine Ersitzung mittelbar diesem Dritten zu gut kommt[7].

Auf der andern Seite entsteht die Frage: wird ein dritter Besitzer gegen die Folgen des Eintritts der Resolutivbedingung durch Ersitzung geschützt? z. B. A. schenkt sein Haus dem B. unter einer Resolutivbedingung, B. verkauft es an C. Nach zehn Jahren tritt die Resolutivbedingung ein. Kann A. von C. vindiciren? Kann man sagen: C. hat durch Rechtsnachfolge ein beschränktes Eigenthum erworben, diese Beschränkung aber kann nicht durch Ersitzung aufgehoben werden? Kann man sagen: C. war ja schon durch Kauf und Tradition Eigenthümer geworden und so gut dieses Eigenthum durch die Resolutivbedingung aufgelöst wird (vgl. oben § 68 Beil. II Nr. III Th. I S. 319 f.), so gut muß es auch das durch die Ersitzung Erworbene werden? Allein durch die Resolutivbedingung wird nur das veräußerte Eigenthum rückfällig; sie ist nur eine Belastung des Erwerbs der Sache (durch Succession), nicht der Sache und zwar des Eigenthums; der Erwerber (B.) bekommt ein durch die Bedingung afficirtes Eigenthum. Ersitzt ein Dritter

[6] Vgl. D. de cond. ind. 12, 6 l. 15 § 1. — Eine zweite Anwendung s. oben in § 136 Beil. Nr. III a. E.

[7] S. das oben angeführte Beispiel. Vgl. Mein Württ. Privatrecht II S. 714 Anm. 7 a. E.

die Sache, so wird das bisherige Eigenthum vernichtet und ein ganz neues fängt im Ersitzenden an, dieser ist nicht successor des früheren Eigenthümers; die Belastung des alten Eigenthums also kann sein neues Eigenthum nicht treffen. — Anders, wenn iura in re auf der Sache lagen; diese sind eine Belastung der Sache selbst; diese Belastung bleibt auf der Sache liegen trotz der Entstehung eines neuen Eigenthums.

Viertes Kapitel. Die Rechtsmittel zum Schutz des Eigenthums.

Einleitung.

§ 142.

(Arndts § 165.)

Der Eigenthümer kann sein Eigenthum nur dann nach allen Seiten gehörig ausüben und genießen, wenn er die Sache besitzt. Deßhalb gehört zu den in seiner rechtlichen Herrschaft liegenden Befugnissen auch das Recht auf den Besitz der Sache[1]. Hieraus folgt, daß er als Eigenthümer von jedem Dritten, in dessen Hand sich seine Sache befindet, in der Regel ihre Herausgabe verlangen kann. Die zu diesem Zwecke ihm zukommende Klage ist die rei vindicatio, die Eigenthumsklage (dingliche Klage). Mit dieser Klage kann er aber nur durchdringen, wenn er sein Eigenthum an der Sache beweist und dies ist oft sehr schwer. Deßhalb hat ein Eigenthümer wohl zu beachten, daß er in vielen Fällen auf eine weit einfachere Weise zu seiner Sache gelangen kann und ihm zunächst dieser Weg zu rathen ist[2]. In vielen Fällen nämlich kann er die Sache durch eine bloße persönliche Klage bekommen. Er kann z. B. in gewissen Fällen durch ein possessorisches Interdikt[3] oder durch andere persönliche Klagen[4] die Sache von manchem Besitzer herausfordern und hat dabei einen weit leichteren Beweis zu führen[5]. Er kann ferner, wenn er seine Sache Jemandem vermiethet, verpachtet, geliehen oder zur Verwaltung anvertraut hat, und dieser sie nach Ablauf des Vertragsverhältnisses nicht herausgeben will, ihn auf ihre Herausgabe belangen, mit der

---

[1] S. oben § 118 Nr. 6.
[2] Vgl. D. de R. V. 6, 1 l. 24.
[3] Vgl. oben § 128 Beil. Lit. C.
[4] S. oben § 128 Beil. Lit. F.
[5] Vgl. oben § 96 Beil. I Lit. D (Th. I S. 497).

actio mandati, locati, commodati, bei denen er nicht ein dingliches Recht an der Sache, ſondern bloß zu beweiſen hat, daß er ihm auf eine der angeführten Weiſen die Sache anvertraut hat. Sind aber die Vorausſetzungen ſolcher perſönlichen Klagen nicht vorhanden, ſo kann er die Sache, wenn ihr jetziger Beſitzer ſie nicht im Uſukapionsbeſitz hat, dieſem mit der Publiciana actio abfordern, bei welcher er auch einen leichteren Beweis zu führen hat, als bei der rei vindicatio [6].

Liegen aber die Vorausſetzungen dieſer Klagen nicht vor, dann bleibt ihm freilich in der Regel nichts Anderes übrig, als den Beſitzer mit der rei vindicatio zu belangen. Denn wenn er ſein Eigenthum nachweiſen kann, muß ihm in der Regel jeder Beſitzer, alſo auch ein Uſukapionsbeſitzer, der die Erſitzung noch nicht vollendet hat, weichen.

Die Eigenthumsklage.

§ 143.

(Arndts §§ 166—168.)

Die Eigenthumsklage, rei vindicatio, iſt die Klage, welche dem Eigenthümer einer Sache gegen Denjenigen zuſteht, der ihm ſein Eigenthum vorenthält. Der Kläger fordert mit ihr Anerkennung ſeines Eigenthums an der ſtreitigen Sache und in Folge deſſen [1] Herausgabe der Sache cum omni causa.

In einigen Fällen aber geht ſie auch gegen einen Solchen, der die Sache nicht in Händen hat und bildet dann eine Erſatzklage auf Grund des Eigenthums an der Sache [2].

Hiernach kann

I. als Kläger mit der rei vindicatio nur der Eigenthümer der Sache auftreten und zwar in der Regel [3] nur, wenn er ſie nicht beſitzt [4]. Er muß daher, wenn ſein Eigenthum vom Beklagten geleugnet wird, beweiſen, daß er das Eigenthum der Sache erworben

---

[6] S. unten § 144.

[1] Vgl. oben § 118 Nr. 5, 6. Als Eigenthümer hat er ja das ius possidendi.

[2] S. unten Nr. III. — Über das Einzelne ſ. Arndts l. c. — Über die bei Arndts § 166 Anm. 1 angeführte Schrift von Delbrück ſ. oben § 128 Beil. Lit. E.

[3] Vgl. unten Nr. II. — Vgl. auch die Beil. I.

[4] Arndts § 166 Noten b. c. — D. de R. V. 6, 1 l. 23 pr.; I. de actionib. 4, 6 § 1.

habe[5]. Erwarb er es durch eine originäre Erwerbart (§§ 133—139), z. B. durch Specifikation, Acceſſion, Erſitzung, ſo genügt der Nachweis dieſer Erwerbart, weil aus ihr unbedingt ſein Eigenthum folgt. Beruft er ſich aber auf eine derivative Erwerbart, alſo auf Erwerb durch Succeſſion (§§ 131. 132), z. B. darauf, er habe die Sache durch Beerbung des Eigenthümers erworben, oder dadurch, daß der Eigenthümer ſie an ihn veräußerte, ſo kann natürlich der bloße Nachweis des Succeſſionsaktes nicht genügen, weil ja in ſolchen Fällen der Erwerber nur dann Eigenthümer werden konnte, wenn Der, von dem er die Sache erworben hat, ſein auctor, Eigenthümer war[6]. In ſolchen Fällen muß der Kläger alſo noch beweiſen, daß ſein auctor Eigenthümer der Sache war, und wenn auch ſein auctor das Eigenthum von einem Anderen herleitete, ſo muß er beweiſen, daß dieſer auctor ſeines auctor Eigenthümer war und ſo fort[7]. Dieſen Beweis aber kann er nur dadurch führen, daß er in der Reihe der Auktoren auf einen ſolchen kommt, von dem er beweiſen kann, dieſer habe die Sache durch eine originäre Erwerbart, z. B. durch Specifikation oder fructuum separatio[8] erworben, oder daß er eine Erſitzung herausrechnen kann durch Zuſammenrechnen der eignen und der Beſitzzeit ſeiner Auktoren[9]. Ein ſolcher Beweis iſt freilich oft ſchwer, aber unerläßlich, weil ſonſt das Fundament der Klage (Eigenthum) nicht erwieſen wäre. Deßhalb haben auch von jeher die meiſten Civiliſten und namentlich unſere beſſeren Praktiker an der Nothwendigkeit dieſes Beweiſes nie gezweifelt[10].

II. Die rei vindicatio kann der Eigenthümer gegen Jeden anſtellen, der die Sache in Händen hat, alſo nicht bloß gegen den eigentlichen possessor, ſondern auch gegen den (bloßen) detentor der Sache[11].

Wenn ein ſolcher bloßer detentor die Sache für den Eigen-

---

[5] Nicht, daß er noch Eigenthümer ſei, vgl. oben § 101 Beil. II Nr. II 4 (Th. I S. 526). — Kann er den Beweis nicht führen, ſo wird er abgewieſen: etsi reus nihil praestiterit.

[6] S. oben § 68 Lit. D (Th. I S. 316, u. § 131.

[7] D. de domin. 41, 1 l. 20. [8] S. oben § 136.

[9] S. oben § 138 Beil. u. § 139 a. E.

[10] Hierüber (und gegen eine ganz unbegründete entgegengeſetzte Anſicht, welche die Grundſätze der Publiciana actio mit denen der rei vindicatio auf unzuläſſige Weiſe vermiſcht) ſ. Glück Kommentar VIII S. 156 ff. und die bei Arndts § 166 Anm. 3 Angeführten.

[11] D. de R. V. 6, 1 l. 9.

thümer selbst, z. B. als Verwalter desselben oder indem er sie vom Eigenthümer gemiethet hat, oder als Nießbraucher detinirt, der Eigenthümer also possessor ist[12], und nun nach Endigung des Verhältnisses die Sache nicht herausgeben will, so ist zwar der Eigenthümer befugt, ihn mit der rei vindicatio auf Herausgabe zu belangen, obwohl er selbst der possessor der Sache ist[13]. Allein in solchen Fällen wäre es meist unklug, wenn er die rei vindicatio anstellen würde (weil er dann den Beweis des Eigenthums führen müßte), da er sich meist weit einfacher mit persönlichen Klagen helfen kann[14].

Detinirt der detentor die Sache für einen Dritten, so daß dieser der possessor ist, so kann er diesen Dritten angeben (sog. laudatio auctoris) und dann ist die Klage gegen diesen possessor zu richten. Verweigert der possessor (der auctor) sich auf den Proceß einzulassen, so ist die Sache dem Kläger herauszugeben[15]. Giebt aber der detentor den possessor nicht an, so kann auch gegen ihn der Proceß[16] durchgeführt und die Sache von ihm herausgefordert werden[17].

Wenn der Beklagte leugnet, daß er die Sache in Händen habe, der Kläger aber es beweist, so muß der Beklagte zur Strafe seines Leugnens die Sache ohne Weiteres dem Kläger herausgeben und mag dann, wenn er glaubt, ein Recht an der Sache zu haben, als Kläger (gegen Jenen) auftreten, wo aber dann die Beweislast seines Rechts auf ihm liegt[18].

III. Wer die Sache gar nicht mehr in Händen hat, kann in der Regel mit der rei vindicatio nicht belangt werden[19]. Auch ist der Beklagte in der Regel zu absolviren, wenn er während des Processes (ohne seine Schuld) die Sache aus seinen Händen verliert[20].

---

[12] Vgl. oben § 122 Nr. IV.

[13] D. l. 9 cit.; usufruct. quemadmod. 7, 9 l. 7 pr. l. 12. Vgl. oben § 127 Beil. Nr. 7. Dies ist wohl der vielbestrittene unus casus, von dem die Stelle I. de act. 4, 6 § 2 in f. (Arndts § 166 Anm. 2) spricht.

[14] Vgl. oben § 96 Beil. I Lit. D (Th. I S. 497).

[15] Arndts § 166 Note d. Der Kläger wird an seiner Statt in den Besitz gesetzt. Windscheid Pand. § 196 Note 5, 6.

[16] Mit Beweis des Eigenthums.

[17] D. l. c. l. 9. Der possessor verliert dadurch natürlich seine possessio und muß, wenn er ein Recht an der Sache zu haben glaubt, nun gegen den Sieger als Kläger auftreten.

[18] Arndts § 166 Note g.

[19] Sollte er auch früher die Sachen in Händen gehabt haben.

[20] D. h. t 6, 1 l. 27 § 1 l. 42, 52, 55.

Doch giebt es hievon Ausnahmen; denn in manchen Fällen kann Jemand, der die Sache nicht oder nicht mehr in Händen hat, als fictus possessor behandelt werden, d. h. so, als ob er sie in Händen hätte. Diese Fälle sind:

1) wenn der Beklagte dolo desiit possidere, also die Sache veräußert, vernichtet, specificirt ꝛc. hat (oder sie selbst culpa abhanden kommen ließ). Er kann hier so belangt werden, als ob er sie noch besäße, und muß dann dem Kläger, wenn dieser sein Eigenthum beweist, den vollen Werth der Sache ersetzen[21].

Hier hat die rei vindicatio ganz die Funktion einer auf das Fundament des Eigenthums und den dolus oder die culpa des Gegners gestützten Deliktsklage; sie findet deßhalb auch gegen die Erben des gewesenen Besitzers statt, so weit überhaupt reipersekutorische Klagen ex delicto gegen die Erben des Delinquenten gehen[22].

2) Wenn der Beklagte dolo liti se obtulit, d. h. fälschlicher Weise sich für den Besitzer der Sache ausgab, dadurch den Kläger täuscht und zur Klage veranlaßt und es bis zur litis contestatio kommen läßt. Hier kann der Kläger von ihm den vollen Werth der Sache verlangen und dann immer noch die Sache vom wirklichen Besitzer, wenn er ihn findet, herausfordern[23].

IV. Gegenstand der Klage sind die Sachen, also die körperlichen Dinge, die man im Eigenthum hat, sei es ganz oder, wenn dem Kläger nur ein Theil der Sache gehört, dieser Theil[24].

Auch Geld, sowohl Metall- als Papiergeld, kann vindicirt werden, aber natürlich nur, wenn der Kläger von den einzelnen Stücken nachweisen kann, daß sie die seinigen sind, was selten möglich sein wird[25].

Dagegen findet nach deutschem Gewohnheitsrecht eine Vindikation der sog. Papiere auf den Inhaber[26] gegen Den nicht

---

[21] S. Beil. II Lit. A. I 1 a. b II. Danach ist näher zu bestimmen und zu berichtigen, was Arndts § 166 bei Note h—k sagt.

[22] Hierüber s. oben § 89 Beil. I (Th. I S. 466).

[23] Arndts § 166 Note h. Meine Erörterungen III S. 128 ff.

[24] Arndts § 166 Noten l—n. Meine Erörterungen I S. 17 ff.

[25] Vgl. oben § 133 Beil. I Nr. II 2 b. Über die Vindikation des Geldes weichen manche Partikularrechte vom gemeinen Rechte ab; z. B. nach dem Sächsischen Gesetzbuch § 296 kann der Eigenthümer Geld nicht von Dem vindiciren, der es bona fide in den Besitz bekam.

[26] Vgl. oben § 38 Nr. V (Th. I S. 187).

ſtatt, der ſie bona fide in ſeinen Beſitz bekam, und nach dem deutſchen Handelsgeſetzbuch (Art. 307) erwirbt ſogar Derjenige, welcher ſolche Papiere bona fide in den Beſitz bekam, das Eigenthum daran, ſollten ſie auch dem Eigenthümer geſtohlen oder unterſchlagen worden ſein.

Über die Vindikation einer Sachgeſammtheit und einer Herde ſ. oben § 59[27].

Von ſelbſt verſteht ſich, daß der Eigenthümer mit der Vindikation nur ſeine Sache, alſo nicht auch ſog. Surrogate derſelben fordern kann, d. h. nicht Das, was eben der Beſitzer der Sache durch Veräußerung derſelben erwarb[28].

V. Wenn der Kläger ſein Eigenthum beweiſt (oder es ihm zugeſtanden wird) und dem Beklagten keine Einrede zuſteht (VI), ſo iſt der Beklagte dahin zu verurtheilen, daß er den Kläger als Eigenthümer anzuerkennen und ihm die Sache mit Allem was zu ihr gehört (cum omni causa) herauszugeben habe[29].

VI. Von den Einreden, durch welche möglicher Weiſe der Beklagte gegen die rei vindicatio ſich ſchützen kann, iſt beſonders auf folgende aufmerkſam zu machen:

1) Die dilatoriſchen Einreden wegen Aufwands auf die Sache und Auslagen für dieſelbe.

a. Wenn der Beklagte während ſeines Beſitzes Aufwand auf die herauszugebende) Sache gemacht hat, ſo kann er, je nach der Art des Aufwandes und ſeiner fides, mit einer exceptio doli (generalis), der ſog. exceptio retentionis[30] die Sache ſo lange retiniren, bis der Kläger den Aufwand ihm erſetzt, und zwar nach folgenden Grundſätzen:

α. Der bonae fidei possessor kann Erſatz verlangen für impensae necessariae und utiles[31], nicht auch für die vo-

---

[27] Th. I S. 261, 266, 269. — Arndts § 166 Note o.

[28] S. oben Th. I S. 269. — Es giebt hiervon nur die Ausnahmen, die bei Arndts § 145 Anm. 3 a—c angeführt und unten in Beil. I näher entwickelt ſind. — Über Das, was bei Arndts § 166 bei Note b geſagt iſt, ſ. oben § 133 Lit. B 3 Anm. 13.

[29] Arndts § 167. I. de offic. iudic. 4, 17 § 2; D. de R. V. 6, 1 l. 9. 12. 68. 76. Näheres hierüber und über das Haften des Beklagten für die Sache auch während des Proceſſes und namentlich über ſein Haften wegen der Früchte der Sache, ſ. Beil. II. — Über die Natur der rei vindicatio als actio arbitraria (zur Zeit des Formularproceſſes) ſ. oben § 111 (Th. I S. 563 f.).

[30] Vgl. oben § 102 a. E. (Th. I S. 533).

[31] Vgl. oben § 67 Beil. Nr. I 1, 2 Th. I S. 307 f.).

luptuosae[32]. Nur muß er sich von seiner Aufwandsforderung den Betrag der Früchte abrechnen lassen, die er vor dem Proceß aus der Sache zog, so weit sie sein Gewinn sind[33].

Der malae fidei possessor kann bloß für die necessariae Ersatz verlangen, und auch nicht einmal für diese, wenn er die Sache durch furtum in den Händen hat[34].

β. Bei der Natur des Aufwands kommt es ganz auf seinen Erfolg und auf das Verhältnis des klagenden Eigenthümers an, d. h. als impensae necessariae gilt hier nur ein Aufwand, durch den die Sache wirklich für den Kläger erhalten wurde, und nur so weit es der Fall war; als utiles nur der, durch welchen die Sache dem Eigenthümer einen Vortheil gewährt[35], so weit der Aufwand diesen Erfolg zur Zeit der Klage noch hat. Auch kann er niemals mehr verlangen, als sein Aufwand wirklich betrug, sollte auch die Sache noch so sehr im Werth gestiegen sein[36].

γ. Diese Aufwandsforderung kann aber der Beklagte nur excipiendo auf die angeführte Weise geltend machen, d. h. er hat die Sache nicht eher herauszugeben, als bis ihm der Kläger den genannten Aufwand ersetzt hat. Namentlich hat er keine Klage auf denselben.

δ. Ist der Aufwand ein solcher, den der Besitzer (nach dem unter α. Ausgeführten) nicht ersetzt verlangen kann, so hat er in der Regel bloß das ius tollendi[37].

b. Der siegende Eigenthümer hat natürlich für die Sache dem Besitzer nicht Etwas zu bezahlen, selbst nicht, wenn dieser einem Dritten Etwas für sie gezahlt, z. B. sie gekauft hatte. In solchen Fällen hat der Besitzer sich eben an Den zu halten, von dem er sie bekam und diesen auf Eviktionsleistung zu belangen[38]. Nur dann kann er

---

[32] Beil. cit. Nr. I 3 (l. c. S. 308). — D. h. t. 6, 1 l. 27 § 5 l. 38, 48, 65 pr. I. de rer. divis. 2, 1 § 30 (verbis: »certe illud« ꝛc.).

[33] S. oben § 136 und unten § 143 Beil. II Lit. B Nr. I 2. D. h. t. 6, 1 l. 65 pr.

[34] I. l. c.; D. l. c. l. 27 § 5 l. 37; Cod. h. t. 3, 32 cst. 5. Arndts § 168 Note a.

[35] S. oben § 67 Beil. Nr. I 2 (Th. I S. 308).

[36] D. h. t. 6, 1 l. 38 (verbis: »et si plus« ꝛc.).

[37] Vgl. oben § 67 Beil. Nr. IV (Th. I S. 309). Arndts § 168 Note h. Eine Ausnahme von ius tollendi findet bei der implantatio statt (vgl. oben § 133 Beil. IV Nr. 2 a. E.). Anwendungen dieser Grundsätze s. oben § 133 Beil. III 2 a u. Beil. IV Nr. 2.

[38] Cod. h. t. 3, 32 cst. 3, 23. Vgl. unten § 205.

vom Eigenthümer Ersatz ansprechen und bis er diesen erhält, die Sache retiniren:

α. wenn der Eigenthümer und dessen Vertreter gegen ein Veräußerungsverbot oneros veräußert hatte und dem Empfänger das Verhältnis unbekannt war (z. B. der Ehemann verkauft den fundus dotalis und vindicirt ihn nachher vom Käufer); hier kann dieser volle Entschädigung verlangen. War aber der Veräußerer verpflichtungsunfähig (z. B. minor), so kann der Erwerber nur zurückverlangen, was er für die Sache bezahlte, und nur so weit es zum Besten des Veräußerers verwendet oder seinem gesetzlichen Vertreter bezahlt worden[39];

β. wenn er die Sache zu dem Zweck angeschafft hatte, um sie dem Eigenthümer zu erhalten und seine Handlung eine gültige negotiorum gestio für den Eigenthümer war[40].

2) Peremtorische Exceptionen[41]. Es ist nämlich möglich, daß der Beklagte, selbst wenn er das gegenwärtige Eigenthum des Klägers an sich nicht in Abrede zieht, doch sich auf ein besonderes Recht berufen kann, vermöge dessen er befugt ist, den Anspruch des Klägers auf Herausgabe der Sache anzufechten und dadurch ganz zu beseitigen. Dahin gehört namentlich:

a. wenn der Kläger das Eigenthum in Folge eines Rechtsgeschäfts erworben hatte, welches der Beklagte gegen ihn anzufechten befugt ist und nun der Beklagte excipiendo sich darauf beruft und den Anfechtungsgrund beweist; z. B. N. verleitet mich durch Betrug, meine Sache an ihn zu veräußern, so daß durch die traditio mein Eigenthum auf ihn übergeht; später kommt die Sache wieder in meine Hände und nun vindicirt der Betrüger sie von mir. Hier kann ich sein Eigenthum nicht in Abrede ziehen; aber ich kann mit der exceptio doli jene Veräußerung anfechten und in Folge davon seine Abweisung verlangen[42].

b. Eine Einrede, welche die Quellen bezeichnen, bald durch exceptio doli im weitern Sinn[43], bald konkret durch exceptio rei venditae et traditae. Wenn nämlich der Beklagte sich darauf beruft und beweisen kann, er (oder sein Rechtsvorgänger) habe die

---

[39] Arndts § 168 Note c.
[40] S. unten § 203 Beil. I. Arndts § 168 Note e.
[41] Im römischen Sinn, s. oben § 102 Nr. II Lit. B 2 b (Th. I S. 531).
[42] Vgl. unten § 187. [43] S. oben § 102 (Th. I S. 532).

Sache durch ein Veräußerungsgeschäft vom Kläger selbst bekommen, oder von einem Dritten durch ein Geschäft, das der Kläger aus besonderen Gründen anerkennen muß, z. B. als Erbe des Dritten, so ist der Kläger (sollte er auch Eigenthümer sein) abzuweisen, weil er nicht im Widerspruch mit jenem Geschäft die Sache dem Beklagten abfordern kann[44].

Beilage I.

Theils eine Erweiterung des Erwerbs des Eigenthums durch Stellvertreter, theils eine Ausnahme von dem Grundsatze, daß, wenn man von Jemandem eine Sache zu fordern hat, man nicht Das ansprechen kann, was er durch Veräußerung derselben erwarb, bilden folgende Fälle, welche allerdings Singularitäten enthalten:

A. Wenn der Vormund Geld, welches dem Bevormundeten gehört, dazu verwendet, um sich eine Sache zu kaufen und die Sache vom Käufer durch traditio erwirbt: so kann der Bevormundete natürlich Ersatz dieses Geldes vom Vormunde mit einer persönlichen Klage (Arndts § 459) verlangen. Aber es ist hier dem Mündel ein eigenthümliches Wahlrecht eingeräumt; er kann, statt Ersatz für das Geld zu fordern, die Erwerbung der Sache, die der Vormund für sich gemacht hatte, so behandeln, als ob der Vormund sie als Stellvertreter für ihn gemacht hätte (C. 5, 51 arb. tut. est. 3), und wenn er Letzteres vorzieht, die Sache mit einer rei vindicatio utilis fordern; D. 26, 9 quando ex facto l. 2.

B. Das gleiche Recht hat ein Soldat, wenn sein Geschäftsführer vergl. Jhering Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts I 1856 S. 146 f.) sich eine Sache mit dem Gelde anschafft, welches dem Soldaten gehörte; C. 3, 32 de rei vind. est. 8.

C. Wenn ein Ehegatte seinem Gatten Geld schenkt und dieser das Geld verbraucht: so kann der Schenker von ihm mit einer condictio sine causa so viel zurückfordern, als der Beschenkte durch den Verbrauch etwa noch bereichert ist (wegen der Ungültigkeit der Schenkungen zwischen Ehegatten, Arndts § 414 Note i,. Sachen aber, die der beschenkte Gatte mit dem Gelde sich etwa anschaffte, könnte an sich der Schenker nicht fordern, denn diese hat er ja nicht geschenkt; sie sind Eigenthum des Gatten, der sie sich anschaffte; C. 4, 50 si qs. alt. est. 8. Allein wenn diese Sachen noch in den Händen des Beschenkten sind (»si exstant«): so soll doch nach l. 55 D. 24, 1 de don. int. vir. der Schenker das Recht haben, bei Insolvenz des Beschenkten die angeschafften Sachen mit einer »rei vindicatio utilis« zu fordern (die l. 55 spricht zwar bloß von einer schenkenden Ehefrau, und deßhalb geben Viele dieses Recht bloß der Ehefrau, z. B. Arndts § 145 Anm. 3 Lit. c.; allein daß das gleiche Recht auch dem schenkenden Manne gegen die Frau zukomme, ergiebt sich schon aus C. 5, 13 de rei ux. act. est. un. § 5, Savigny Syst. IV S. 178 Note k., Jhering a. a. O. S. 133). Das gleiche Recht hat ein Ehegatte, wenn er seinem Gatten Sachen schenkt und dieser die Sachen specificirt, z. B. aus der geschenkten Wolle Tuch macht; jener kann mit einer rei vindicatio utilis von letzterem die neue Sache fordern; D. l. c. l. 29 § 1, l. 30.

Hier entsteht nun aber die Frage, welche Bedeutung in diesen Fällen die »rei vindicatio utilis« hat und wie überhaupt das ganze Verhältnis juristisch zu erklären ist. In dieser Hinsicht suchte Jhering in den angeführten Jahrbüchern I S. 158 f. nachzuweisen, daß diese rei vindicatio utilis gar nicht die

[44] Arndts § 168 Anm. und oben § 131 Lit. C.

Eigenthumsklage, überhaupt nicht eine dingliche Klage sei und sie sich keineswegs auf ein erworbenes Eigenthum stütze, vielmehr gehe die Klage bloß auf Übertragung des Eigenthums, der Kläger habe bloß einen Anspruch, eine Forderung gegen die genannten Personen (Vormund, Geschäftsführer, Ehegatten auf Übergabe der Sache, die Klage sei also lediglich auf eine Obligation gestützt, gehe daher nicht gegen Dritte, gewähre aber doch als rei vindicatio dem Kläger den Vortheil, daß er beim Konkurse des Beklagten seinen Anspruch als Vindikant geltend machen könne und daher den übrigen Gläubigern des Beklagten vorgehe. — Allein diese Konstruktion, welcher im Wesentlichen nun auch Jacobi in den genannten Jahrbüchern Bd. IV S. 230 Note beitrat, wird sich in keiner Weise rechtfertigen lassen, so scharfsinnig sie auch Ihering durchführte. Die Quellen bezeichnen die Klage durch »utilis actio ad rem vindicandam« oder durch »actio in rem utilis«. Eine Klage aber, die nicht auf ein dingliches Recht des Klägers, sondern lediglich auf eine Obligation des Beklagten sich stützt, durch die man nur ein persönliches Recht gegen denselben geltend macht und die nur darauf geht, daß uns durch Tradition der Sache erst das Eigenthum an derselben übertragen werden soll und die nicht gegen Dritte geht — eine solche Klage kann unmöglich eine rei vindicatio, eine in rem actio sein, und nirgends in unseren Quellen wird eine solche Klage in die Kategorie der vindicationes gesetzt. Überdies kommt jene Konstruktion mit sich selbst in Widerspruch; denn nach ihr soll jene rei vindicatio utilis nicht gegen Dritte gehen und doch im Konkurs des Schuldners gegen dessen Gläubiger geltend gemacht werden können! Überhaupt aber wäre auch nicht zu begreifen, wie der Kläger mit einer solchen Klage, welche lediglich die Funktion einer persönlichen Klage vertreten soll, im Konkurse des Schuldners nach Ihering a. O. S. 173, ohne das Eigenthum des Schuldners beweisen zu müssen) unter die Vindikanten kommen und in Beziehung auf die betreffende Sache die übrigen Gläubiger des Schuldners ausschließen könnte. Mit Recht haben sich gegen Iherings Konstruktionen nun auch ausgesprochen Arndts Pand. 3. Ausgabe § 145 Anm. 3 a. E., Windscheid Die actio des römischen Civilrechts S. 217 f. (welcher ihr aber doch S. 216 für den Fall unter C, und in seinen Pand. § 174 Note 9 für noch mehrere Fälle viel zu weit gehende Konzessionen macht) und Kindervater in dem Jahrbuch des gemeinen Rechts Bd. VI S. 338—349, dessen gute Ausführung gegen Ihering und gegen Windscheids Konzessionen besonders zu beachten ist. — Andere, z. B. Pagenstecher Lehre vom Eigenthum Bd. II 1858 S. 215, Dernburg Das Pfandrecht Bd. I, 1860 S. 326 f. gehen auch davon aus, daß in jenen Fällen nicht von einem Eigenthumserwerb die Rede sei und erklären die rei vindicatio utilis dahin: es gelte die rei vindicatio des Eigenthümers (des kaufenden Vormunds, Geschäftsführers) als cedirt an Den, dem das Geld ꝛc. gehörte; Dieser könne die Sache, wie ein Cessionar, dem der Eigenthümer seine rei vindicatio abgetreten habe, dem dritten Besitzer mit der rei vindicatio utilis abfordern, ja er könne sie sogar, wenn der Eigenthümer sie besitzt, im Konkurs desselben vindiciren. Allein gegen diese Erklärung spricht Doppeltes — einmal, daß ein bloßer (wirklicher oder fingirter) Cessionar der Eigenthumsklage unmöglich diese Klage im Konkurs des Eigenthümers geltend machen und gegen die übrigen Gläubiger als Vindikant auftreten kann (s. auch Ihering a. O. S. 162), sodann daß die cst. 3 arbitr. tut. (s. unten) mit dieser Erklärung nicht vereinbar ist.

Man wird vielmehr das Verhältnis anders zu konstruiren haben. Es soll hierbei zunächst der erste Fall (Lit. A.) zu Grunde gelegt werden. Wenn ein Vormund für den Mündel eine Sache erwerben will: so kann er einen doppelten Weg einschlagen; er kann geradezu für den Mündel, also auf dessen Namen, die Sache sich tradiren lassen und dann erwirbt sofort, wenn der Tradent Eigenthümer war, der Mündel Besitz und Eigenthum der Sache und kann sein Eigenthum mit der rei vindicatio directa geltend machen; D. 41, 1 de dom. l. 13 § 1; er kann aber auch das Geschäft auf seinen Namen eingehen, sich die Sache für sich tradiren lassen, und dann erwirbt zunächst er das Eigen-

denen Auktoren erwarben, so geht stets der gegenwärtige Usukapions-Besitzer vor[17].

b. Die Klage geht nicht gegen den Eigenthümer der Sache, also nicht gegen denjenigen Beklagten, welcher excipiendo sein Eigenthum an der Sache nachweisen kann, außer wenn gegen ihn die exceptio rei venditae et traditae begründet ist[18], die dann der Kläger als Replik gegen die exceptio dominii gebrauchen kann[19].

3) Wenn der Kläger siegt, so geht das Urtheil natürlich nicht auf Anerkennung eines Eigenthums des Klägers, sondern nur darauf, daß der Kläger als der bessere Erwerber anzuerkennen und ihm deßhalb die Sache cum omni causa herauszugeben sei. Über die Herausgabe der Sache und über Das, wofür ein bonae und ein malae fidei possessor zu haften hat, und über Ersatz der impensae, gilt bei der Publiciana durchaus, was bei der rei vindicatio gilt[20].

4) Sehr Viele schreiben dem zur Publiciana actio Berechtigten ein fingirtes oder prätorisches Eigenthum an der Sache zu. Allein dies ist nicht zu rechtfertigen; sein Recht ist gar kein Eigenthum und dem römischen Recht fiel es nicht ein, es ein Eigenthum zu nennen. Allerdings kam bei der Klage eine Fiktion vor, aber diese hatte bloß eine historische Bedeutung. Der Prätor Publicius nämlich kolorirte und vermittelte die Einführung der Klage im alten Formularproceß dadurch, daß er die formula der Klage, die einem Eigenthümer zustand, auch auf den Fall des bloß gehabten Usukapionsbesitzes ausdehnte und um dies zu können, das (bei dem letzteren) fehlende Moment des Eigenthums ergänzte durch die Fiktion, als ob der Kläger die Sache schon usukapirt gehabt hätte[21]; also eine rei vindicatio fictitia gab, welche dann nach ihm Publiciana genannt wurde[22]. Diese Fiktion

---

[17] D. h. t. 6, 2 l. 9 § 4. Zwar will die l. 31 § 2 D. de act. emti vend. 19, 1 auch im letzteren Falle Dem den Vorzug geben, der zuerst erwarb (Arndts l. c. Anm. 4). Allein die Entscheidung der l. 9 cit. muß hier schon deßhalb als das geltende Recht angenommen werden, weil die l. 9 gerade in dem Titel, der von der Publiciana ausschließlich handelt, die Frage ex professo und mit Rücksicht auf entgegenstehende Ansichten entscheidet. Vgl. oben § 24 Nr. IV a. E. (Th. I S. 122).

[18] S. oben § 143 Nr. VI 2 b.

[19] S. oben § 131 Lit. C bei Anm. 30 und § 143 Beil. II Lit. A I 1 b a. E.

[20] S. oben § 143 Beil. II a. E.

[21] Er faßte die Formel so, daß darin gesagt wurde, der Kläger soll zum Zweck der Klage behandelt werden, als ob er durch Usukapion das quiritarische Eigenthum schon erworben gehabt hätte.

[22] Gaius Inst. IV, 36.

dem der Mündel die oben berührte Wahl getroffen hat, unwirksam ist und der Mündel von dem dritten Besitzer die Sache vindiciren kann (Nr. 1). Wenn dagegen der Vormund, ehe noch der Mündel jene Wahl traf, die Sache veräußert und sein Eigenthum auf den Empfänger übertragen hatte: so ist es zweifelhaft, ob auch für diesen Fall die Quellen von einem gegen den Erwerber wirksamen Wahlrecht des Mündels ausgehen; deßhalb wird man für eine Beschränkung der Singularität, also im letzteren Fall für Verneinung der Frage sich aussprechen müssen.

Dieses Recht nun, welches nach dem Angeführten dem Mündel zusteht, geben die Quellen auch dem Soldaten, dessen Geschäftsführer sich mit dem Gelde des Soldaten Sachen anschaffte, und dem Ehegatten in den oben angegebenen Fällen, nur daß der Letztere, wenn die Sachen, die er vindiciren will, mehr werth sind, als das Geschenk, aus welchem sie angeschafft wurden, diesen Mehrwerth erstatten muß, da er an denselben kein Recht hat. — Auf dieselben Resultate kommt im Wesentlichen nun auch Kindervater a. O. S. 351—364, nur daß er die rei vindicatio utilis in den genannten Fällen als eine dingliche Klage auffaßt, die ihren Grund in einem fingirten Eigenthum habe und ganz denselben Grundsätzen unterliege, wie die rei vindicatio directa; auch bejaht er, wie überhaupt Viele, Das, was vorhin unter Nr. 2 a. E. verneint wurde. Übrigens ist das Ganze so anomal, daß es wohl verdiente, durch die Gesetzgebung ganz beseitigt zu werden, wie dies auch manche neuere Gesetzgebungen, z. B. die württembergische thaten.

Beilage II.

Die Haftpflicht des Beklagten bei der rei vindicatio.

Bei der Frage, in wie fern ein unberechtigter Besitzer für die Sache, die er besitzt, und für ihre Früchte dem Eigenthümer oder auch Dem, der ihn mit der Publiciana actio belangen könnte, zu haften hat, muß man unterscheiden:

A. Unredlicher Besitz (malae fidei possessio), s. oben § 122 Beil. Hier entscheidet folgender Grundsatz: eine fremde Sache soll man sich nicht wider besseres Wissen aneignen; wer daher eine fremde Sache mala fide besitzt, ist durch seinen unredlichen Besitz Demjenigen, der die Sache anzusprechen hat, obligirt, die Sache gleichsam wie eine ihm anvertraute zu behandeln und sofort auf gerichtliche Anforderung sie ihm herauszugeben. Der malae fidei possessor haftet daher vom Anfange seines unredlichen Besitzes an (also a. wenn er schon bei der Besitzerwerbung in mala fide war, wie der Dieb, Räuber oder wer von einem zur Veräußerung Unbefugten, Dieses wissend, erwarb, mit dem Anfang seines Besitzes überhaupt, wenn er aber b. die Sache bona fide erwarb, jedoch später sich überzeugte, daß sie ihm nicht gehöre, von diesem Augenblick an) für die Sache und für Alles, was zu ihr gehört, wie ein Schuldner für ein anvertrautes Gut; vom Augenblick der processualischen Anforderung an aber haftet er wie ein moroser Schuldner und das Gleiche gilt von der Zeit der Besitzerlangung an, wenn er sich durch ein Delikt in den Besitz der Sache setzte (s. Nr. III). Meine Erörterungen Heft III S. 128 f. Dieser natürliche Grundsatz erweist sich durch folgende in den Quellen klar ausgesprochene Entscheidungen, die lediglich eine Konsequenz desselben sind:

I. Schon vor Einleitung des Processes haftet der malae fidei possessor von der Zeit an, in welcher er die Sache mala fide besitzt, jedenfalls

1) für die Sache selbst nach folgenden Grundsätzen:

a. Er muß für sie haften, wenn er »dolo desiit possidere«, d. h. sich des Besitzes derselben absichtlich so entäußerte, daß der Eigenthümer sie nun nicht mehr von ihm vindiciren kann. Diese Haftpflicht wurde zuerst durch einen unter Hadrian gegebenen Senatsschluß, den wir gewöhnlich durch SC. Iuventianum bezeichnen, bei Erbschaften, die dem Fiskus verfallen waren, wenn sie ein Dritter besaß, eingeführt, dann auf die hereditatis petitio überhaupt erstreckt und endlich auf die rei vindicatio ausgedehnt; D. 6, 1 de R. V. l. 27 § 3 vgl.

mit 5, 3 de H. P. l. 20 § 6—11 l. 25 § 2—8, vgl. auch D. 50, 17 de R. I. l. 131, 150. Wohl zu beachten ist aber (was häufig übersehen wird), daß nicht nur derjenige unredliche Besitzer dolo desiit possidere, welcher die Sache an einen Dritten veräußerte, sondern auch derjenige, welcher die Sache vernichtete, aufzehrte oder specificirte oder sonst dem Eigenthümer die Verfolgung seines Eigenthums unmöglich machte, z. B. einen fremden Baum, den er mala fide besitzt, dadurch, daß er ihn in seinen Boden pflanzt, unwiderruflich erwarb; vgl. D. 10, 4 ad exhib. l. 9 pr. § 2; 41, 2 de poss. l. 30 § 4 u. oben § 133 Beil. III, IV. In diesen Fällen nun kann der gewesene Besitzer mit der rei vindicatio so belangt werden, als ob er noch Besitzer wäre (»fictus possessor«); die Klage geht aber natürlich bloß auf den Werth der Sache und das ganze Interesse des Klägers (»litis aestimatio«), wobei jedoch der Kläger im Beweis des Interesses begünstigt ist, indem er ihn durch sein iuramentum in litem führen kann; D. 6, 1 h. t. l. 68; 12, 3 de in lit. iur. l. 5 pr. § 3; vgl. auch 5, 3 de H. P. l. 25 § 10. Der Besitzer erwirbt aber in diesem Falle durch die Zahlung der litis aestimatio nicht ein Recht an die Sache (die l. 46 h. t. spricht von einem ganz anderen Falle, von dem, wenn der Besitzer contumax ist und der Kläger es nun vorzieht, statt der Sache den durch sein iuramentum in litem zu bestimmenden Preis zu verlangen, s. d. Lehre v. d. act. arbitrariae oben Th. I S. 564); vielmehr kann der Kläger, wenn er vom unredlichen Besitzer, weil dieser die Sache veräußerte, die litis aestimatio erhielt, doch noch seine Sache vom dritten Besitzer vindiciren (er kann aber nicht die litis aestimatio vom fictus possessor verlangen, wenn er die Sache selbst schon wieder hat), D. 6, 1 h. t. l. 69, 70; 5, 3 de H. P. l. 13 § 14; 46, 3 de solut. l. 95 § 9. Nur wenn die Sache durch längeres Aufbewahren verderben würde und der unredliche Besitzer sie deßhalb veräußerte, oder wenn die Veräußerung eine rechtlich nothwendige war (oben § 69 Beil. II a. E., Th. I S. 335), dann hat er bloß den eingenommenen Preis zu erstatten und so weit er ihn noch nicht eingenommen hatte, seine Klage auf denselben dem Vindikanten abzutreten; D. h. t. l. 15 § 1, 2. Die rei vindicatio hat also in diesen Fällen ganz die Funktion einer persönlichen Deliktsklage auf Ersatz, nur daß sie auf das vom Kläger zu erweisende Fundament des Eigenthums an der betreffenden Sache (bei der Publiciana actio auf das Fundament der Publiciana actio) und der mala fides des Besitzers gegründet ist; beim Konkurs des Besitzers ist daher der Kläger unter die chirographarii zu luciren.

b. Der malae fidei possessor wird auch dann, wenn ihm die Sache durch bloße culpa abhanden kam, als fictus possessor behandelt, weil er vom Anfange seiner malae fidei possessio an für omnis diligentia haften muß (es wird dies zwar von Vielen geleugnet, namentlich von Arndts § 166 bei Note k, § 167, Windscheid Pand. § 193, Note 13, auch von Bangerow in den 5 ersten Ausgaben, s. Pand. Bd. I S. 578; allein dabei wurden einige Stellen, welche ganz entschieden jene Pflicht aussprechen, nicht gehörig beachtet, nämlich D. 5, 3 de H. P. l. 25 § 2 l. 31 § 3 u. h. t. l. 45; meine Erörterungen 1846) Heft III S. 130 und nun auch Bangerow in der 6. Ausg. S. 736 (7. Ausg. S. 649), v. Savigny Syst. VI S. 167). Allein er wird bei culpa doch milder behandelt, als im Falle von Lit. a; der Kläger kann von ihm zwar den vollen Werth der Sache bezahlt verlangen, aber nur so weit er diesen Werth durch die gewöhnlichen Beweismittel nachweisen kann (das iur. in litem ist hier unstatthaft); D. h. t. l. 68; 12, 3 de in lit. iur. l. 4 § 4. Auch gilt in einem solchen Falle, wenn er diesen Werth bezahlt hat, die Sache als an ihn verkauft und der Kläger muß ihm daher die rei vindicatio und seine sonstigen Klagen, die er etwa gegen den dritten Besitzer der Sache hat (condictio furtiva ꝛc.) abtreten; auch kann er mit der Publiciana actio die Sache von dem dritten Besitzer (wenn dieser mala fide oder sine titulo besitzt) und von dem Eigenthümer selbst, wenn dieser nachher in den Besitz der Sache kommen sollte, abfordern; D. h. t. l. 63 vgl. auch den Gegensatz in l. 69, 70.

c. Kam dem malae fidei possessor vor erhobenem Processe die Sache durch

Zufall abhanden oder wurde sie bei ihm durch Zufall vernichtet: so steht er dafür nicht ein, außer im Fall von Nr. III; denn ein Schuldner, der noch nicht im Verzuge ist, haftet nicht für den Zufall; der malae fidei possessor aber ist, ehe er verklagt wird, noch nicht im Verzuge; meine Erörterungen Heft III S. 131—133, womit übereinstimmt Savigny Syst. VI S. 170 f. 177 f. und nun auch Vangerow Pand. 6. und 7. Ausg. § 333 Nr. I, 1 (in den früheren Ausgaben war derselbe anderer Ansicht).

d. Hat der malae fidei possessor die Sache dolo oder culpa verschlechtert: so muß er für die Verschlechterung Ersatz leisten: D. h. t. l. 13, 14; 5, 3 de H. P. l. 31 § 3.

2) Der malae fidei possessor haftet von dem Anfange seines unredlichen Besitzes an (Lit. A im Anf.) auch für die Früchte der Sache und zwar muß er

a. die exstantes herausgeben. Auch versteht es sich von selbst, daß auch dann, wenn er die Hauptsache nicht mehr hat, der Eigenthümer der Letzteren die noch vorhandenen Früchte ihm besonders abvindiciren kann, da der malae fidei possessor ja nicht Eigenthümer derselben ist; C. 4, 9 de condict. ex leg. cst. 3; 9, 32 de crim. exp. her. cst. 4; D. 13, 7 de pign. act. l. 22 § 2.

b. Für Früchte, welche er verzehrte, muß er dem Kläger Ersatz geben C. 3, 32 h. t. cst. 22; I. 4, 17 de off. iud. § 2. — Hat er die Hauptsache nicht mehr: so kann ihr Eigenthümer den Werth dieser Früchte von ihm mit einer condictio ex iniusta causa fordern; s. die unter a. angeführten Stellen und D. 10, 1 fin. reg. l. 4 § 2, meine Erörterungen Heft II S. 94 f., Savigny Syst. VI S. 149 f.

c. Selbst für Früchte, die er aus der Sache nicht zog, aber bei gehöriger hausväterlicher Benutzung der Sache hätte ziehen können („fructus percipiendi", vernachlässigte Früchte), muß er Ersatz geben, und wenn die Sache durch seinen dolus oder seine culpa zu Grunde ging, muß er auch die Früchte ersetzen, welche bis zur Fällung des Urtheils aus ihr bei gehörigem Fleiße hätten gezogen werden können; D. h. t. l. 33; 5, 3 de H. P. l. 25 § 4, 9; I. § 2 cit.; C. 3, 32 h. t. cst. 22. v. Vangerow Pand. § 333 Nr. II, 1. Nur findet wegen solcher vernachlässigter Früchte, wenn er die Hauptsache nicht mehr hat, eine besondere Klage nicht gegen ihn statt; Savigny Syst. VI. S. 119.

Alles Dieses gilt auch von bürgerlichen Früchten, z. B. von Mieth- oder Pachtgeldern, die er aus der Sache zog oder die bei gehöriger Bewirthschaftung von ihm hätten gezogen werden können; auch muß er die Benutzung der Sache vergüten, z. B. wenn er ein Haus mala fide besaß und es bewohnte, den Miethzins ersetzen; D. h. t. l. 62 pr. l. 64; vgl. auch 22, 1 de usur. l. 19 § 1. Nur fremdes Geld, das er besitzt, hat er nicht zu verzinsen; denn Früchte daraus zu ziehen, d. h. es auf Zinsen ausleihen, also es zu veräußern, war er nicht befugt und so trifft ihn kein Vorwurf, wenn er es in seinen Händen behielt; l. 62 pr. cit., Glück Pand. VIII S. 296 f., Savigny Syst. VI S. 149 f.

II. Noch strenger wird der malae fidei possessor behandelt von der Zeit an, in welcher er vom Eigenthümer auf Herausgabe der Sache belangt wurde. Hier haftet er nicht bloß für das unter Nr. I Angeführte, sondern außerdem noch, da er von diesem Zeitpunkte an im Verzuge ist (meine Erörterungen III S. 133 f.), für Folgendes:

1) Er muß auch für den zufälligen Untergang und für zufällige Verschlechterung der Sache und ihrer Accessionen, wenn der Zufall nach jenem Zeitpunkt eintritt, ganz in der Weise einstehen, wie ein moroser Schuldner für den Zufall zu haften hat, also Ersatz leisten, wenn er nicht beweisen kann, daß die Sache, selbst wenn er sie schon mit dem Anfang des Processes sofort herausgegeben hätte, auch beim Eigenthümer von demselben Zufalle betroffen worden wäre; D. 5, 3 de H. P. l. 40 pr.; 6, 1 h. t. l. 15 § 3; 10, 4 ad exhib. l. 12 § 4. Meine Erörterungen III S. 131 f., Vangerow Pand. 6. und 7. Ausg. § 333 Nr. I, 1; vgl. auch Savigny Syst. VI § 274.

2) Er muß von da an für die fructus percipiendi ex persona domini, d. h. für die Früchte haften, welche der Eigenthümer, wenn er die Sache in Händen gehabt hätte, nach seinen Verhältnissen von da an aus der Sache gezogen haben würde. Zwar wird dies von Manchen geleugnet, indem sie behaupten, auch hier gelte für die fructus percipiendi bloß das vorhin unter c. Angeführte, d. h. der morose malae fidei possessor habe bloß für solche Früchte zu haften, wegen deren Vernachlässigung ihn ein Vorwurf trifft; so namentlich auch Savigny Syst. VI § 267. Allein bei dieser Ansicht würde der Morose von der Ersatzverbindlichkeit in Fällen befreit, in denen lediglich seine mora es war, durch die er den Schaden verschuldete; z. B. wenn A. die Pferde eines Pferde-Verleihers mala fide besitzt und sie, mit der rei vindicatio belangt, nicht herausgiebt: so begeht er keine culpa, wenn er die Pferde während des Processes nicht vermiethet; aber der Eigenthümer würde Miethgewinn aus der Sache nach seinen Verhältnissen gezogen haben und dieser Gewinn entgeht ihm lediglich dadurch, daß der Besitzer ihm die Sache vorenthält; deßhalb muß Dieser ihn dafür entschädigen; C. 8, 4 unde vi cst. 4; D. h. t. l. 62 § 1; 22, 1 de usur. l. 19 pr. a. E. Meine Erörterungen III S. 133, Bangerow § 333 Nr. II 1 c.

III. Wenn der malae fidei possessor durch ein Delikt in den Besitz der Sache kam, z. B. durch Gewalt, Diebstahl, Unterschlagung: so haftet er nicht nur für das unter Nr. I Angeführte, sondern auch für das unter Nr. II Angeführte schon von Anfang seines unredlichen Besitzes an; C. 8, 4 unde vi cst. 4; 6, 2 de condict. furt. cst. 9; D. 43, 16 de vi l. 19 l. 1 § 36; 6, 1 h. t. l. 62 § 1.

B. Redlicher Besitz (bonae fidei possessio, Besitz im guten Glauben). Über die Frage, wer redlicher Besitzer ist, s. oben § 122 Beil. Bei Diesem gelten folgende Grundsätze:

I. So lange kein Gegner gegen den bonae fidei possessor mit einer Klage auf Herausgabe der Sache auftritt, kann man ihn in der Regel (s. nachher Nr. I, b, c) für Nichts verantwortlich machen, weil er sich ja redlich für den wahren Berechtigten in Beziehung auf die Sache hält und daher glauben mußte, ganz nach Belieben mit der Sache verfahren zu können, »quia quasi suam rem neglexit«; D. 5, 3 de H. P. l. 31 § 3. Deßhalb haftet er in der Regel für Handlungen oder Unterlassungen, welche in die Zeit vor dem Proceß fallen, gar nicht. Er haftet namentlich

1) nicht für die Sache selbst, weder für Veräußerungen, noch für Verzehren, Vernichten, Verschlechtern derselben; D. de H. P. l. 31 § 3 l. 25 § 11. Hat er daher die Sache weggegeben, veräußert, aufgezehrt u. s. w.: so kann Nichts von ihm gefordert werden (er haftet nicht als fictus possessor), selbst nicht der Gewinn, den er etwa durch Veräußerung oder Verzehrung der Sache machte (was die l. 25 § 11 de hered. pet. sagt, bezieht sich auf ganz besondere, bloß bei der Erbschaftsklage geltende Grundsätze). Hiervon giebt es jedoch folgende Ausnahmen:

a. Wenn er die Sache materiell noch hat, aber sie specificirt oder auf solche Weise mit seiner Sache verbunden hatte, daß der Eigenthümer sie nicht mehr vindiciren kann (z. B. sie durch Adferrumination oder durch Verpflanzung in seinen Boden in sein unwiderrufliches Eigenthum erwarb): so kann er mit einer persönlichen Klage (einer actio in factum, nach anderen Stellen einer condictio sine causa) vom gewesenen Eigenthümer auf den Werth der Sache in so weit belangt werden, als er durch die materiell noch in seinen Händen befindliche Sache zur Zeit der Anstellung der Klage etwa bereichert ist (D. 6, 1 h. t. l. 23 § 5 verb. »Ideoque« ꝛc. I. 2, 1 de R. D. § 26. Meine Erörterungen III S. 99), und ein noch weiter gehendes Rechtsmittel findet gegen ihn statt, wenn er fremdes Baumaterial, das er bona fide besitzt, in seine Sache verbaut; oben § 133 Beil. III Nr. III, 1 a.

b. Wenn der bonae fidei possessor die fremde Sache veräußerte und dadurch einen reinen Gewinn machte, die Sache selbst aber nachher unterging

oder wenigstens so abhanden kam, daß dem Eigenthümer ihre Vindikation unmöglich ist: so kann er vom Eigenthümer mit einer persönlichen Klage auf jenen Gewinn, so weit er ihn bei Anstellung der Klage noch hat, belangt werden, jedoch nur dann, wenn er keinen iustus titulus für den Besitz, in welchem er die Sache gehabt hatte, nachweisen kann (dieses letztere Requisit übersehen Viele, auch Savigny Syst. V S. 323 mit Unrecht und verallgemeinern dadurch die Ausnahme zu sehr), und das Gleiche gilt auch, wenn und so weit ein solcher Besitzer auf andere Weise durch Verzehren der Sache einen Gewinn machte; D. 3, 5 de neg. gest. l. 49; 12, 1 de reb. cred. l. 23; 19, 1 de A. E. V. l. 30 pr. a. E. Ihering Abhandlungen 1844 S. 78—85; meine Erörterungen II S. 100, 101. Mit welcher Klage in einem solchen Falle der Gewinn gefordert werden kann, darüber waren die römischen Juristen verschiedener Ansicht; eine condictio sine causa giebt die l. 23 und 30 cit., dagegen giebt die l. 49 cit. eine actio negotiorum gestorum, was freilich nicht paßt, weil in einem solchen Falle von der Besorgung eines fremden Geschäfts gar nicht die Rede sein kann.

c. Aus dem Angeführten ergiebt sich, daß wenn der bonae fidei possessor vor erhobenem Processe die Sache veräußert, er nicht als fictus possessor behandelt werden kann, weil er in Beziehung auf die Sache, die er redlich für die seinige hält, weder eines dolus noch einer culpa sich schuldig machen kann. Selbst wenn er sich vom Processe bedroht sieht und er die Sache, um den Unannehmlichkeiten eines Processes zu entgehen, veräußert: trifft ihn nicht der Vorwurf einer böslichen Veräußerung und er haftet dafür dem Eigenthümer nicht (vgl. D. 4, 7 de alienat. iud. mut. l. 4 § 1 verb. »Non tamen« ꝛc.). Veräußerte er dagegen, um den Gegner, von dem er sich mit einem Proceß bedroht glaubt, in eine beschwerlichere Lage zu versetzen (iudicii mutandi causa): so kann er zwar auch dann nicht als fictus possessor behandelt und mit der rei vindicatio belangt werden, aber es findet gegen ihn die oben in § 110 Beil. Lit. B. II (Th. I S. 561) angeführte Ersatzklage statt. Nur in einem Falle ist dies anders; wenn er nämlich an der Rechtmäßigkeit seines Besitzes wenigstens zu zweifeln beginnt und nun sich der Sache entäußert, um sie jedenfalls dem etwa Berechtigten zu entziehen: so fällt dann seine Besitzentäußerung unter die Kategorie einer arglistigen und es kann gegen ihn als fictus possessor die rei vindicatio in der S. 180 Lit. a. bemerkten Weise vom Eigenthümer angestellt werden. Näheres über diese Frage, über welche die Meisten sich sehr ungenau äußern, s. in meinen Erörterungen III S. 129 f.

2) Auch für die Früchte der Sache haftet der bonae fidei possessor nicht. Die, welche er veräußert oder sonst verzehrt hat, sind sein Gewinn (s. oben § 136 Beil.) und für die fructus percipiendi hat er nicht einzustehen; er hat nur diejenigen Früchte herauszugeben, welche er zur Zeit des Proceßanfangs noch unspecificirt in Händen hat (exstantes), und auch diese können von ihm nicht verlangt werden, wenn er die Hauptsache nicht mehr besitzt, s. § 136 Beil.

II. Wenn aber der bonae fidei possessor die Hauptsache noch in Händen hat und vom Eigenthümer auf Herausgabe mit der rei vindicatio belangt wird: so ändert sich nun für die folgende Zeit sein Verhältnis wesentlich. Diese Änderung wird aber von Vielen ganz falsch dahin ausgedrückt, ein bonae fidei possessor, welcher vom Eigenthümer mit der Eigenthumsklage belangt wird, werde dadurch geradezu in einen malae fidei possessor verwandelt und müsse nun von da an für Alles haften, wofür ein malae fidei possessor zu haften habe. Dies ist viel zu allgemein. Die Frage, ob Jemand bonae oder malae fidei possessor sei, ist eine rein faktische, hängt lediglich von dem Wissen und von der Überzeugung des Besitzers ab (§ 122 Beil.). Nun kann allerdings der Besitzer, wenn die rei vindicatio gegen ihn angestellt wird, sich überzeugen, daß er nicht der wahre Berechtigte sei, und wenn dies der Fall ist: so kommt er allerdings dadurch in malam fidem, und es treffen ihn dann, wenn er dennoch auf dem Processe beharrt, alle Nachtheile,

welche nach S. 182 Nr. II ein malae fidei possessor zu tragen hat. Allein die Einleitung des Proceſſes verſetzt ihn ja nicht *nothwendig* in malam fidem; er kann immer noch von ſeinem Rechte überzeugt bleiben, und ſollte er auch nun die Sache für zweifelhaft halten: ſo iſt dies doch noch keine mala fides. Zwar ſagt die l. 25 § 7 D. 5, 3 de H. P.: mit dem Proceßanfang »omnes incipiunt malae fidei possessores esse«. Allein wenn man auch dieſe Stelle nicht mit *Savigny* Syſt. VI S. 90 f. bloß auf den Fall eines Beſitzes bei der usucapio pro herede lucrativa des älteren römiſchen Rechts beziehen kann: ſo ergiebt ſich doch ſchon aus l. 40 pr. eod. und aus anderen Stellen, daß jene Worte nicht den unnatürlichen Satz ausſprechen wollen, jeder Beſitzer werde mit dem Proceßanfang wirklich in malam fidem verſetzt. Vielmehr wollen jene Worte des § 7 cit. und andere ähnliche Stellen nur ſagen, daß *ein redlicher Beſitzer vom Streitanfange an* denſelben Verpflichtungen unterliege, welchen *ein unredlicher Beſitzer vor dem Proceſſe* unterliegt, und dies iſt ein Grundſatz, für den durchaus die *Natur der Sache* ſpricht. Denn auch ein redlicher Beſitzer, welcher von einem Dritten auf Herausgabe der Sache belangt wird, ſoll es ſich doch immerhin als möglich denken, daß er ſich über ſein Recht irren, die Sache ihm *nicht* gehören und der Gegner Recht haben könnte; deßhalb ſoll er von nun an *bis zu Austrag des Streites* die Sache ſorgſam und ganz ſo behandeln, als ob ſie eine fremde ihm anvertraute wäre. Aus *dieſem* Grunde gilt *nun* von ihm wegen aller ſeiner Handlungen und Unterlaſſungen, die *in die Zeit des Proceſſes* fallen, ganz Das, was von den Handlungen und Unterlaſſungen des malae fidei possessor, die in die Zeit *vor* dem Proceſſe fallen, gilt, alſo das unter A Nr. I Ausgeführte, *keineswegs* aber auch das unter A Nr. II Ausgeführte. Er haftet alſo nun 1. als fictus possessor auf die S. 180 f. angegebene Weiſe, wenn er *während des Proceſſes* die Sache veräußert, verzehrt, vernichtet oder ſonſt dem Berechtigten entzieht; D. 6, 1 d. R. V. l. 68—71 l. 33 l. 22; er haftet ferner 2. wenn er die Sache abſichtlich oder aus Fahrläſſigkeit verſchlechtert l. 33 l. 36 § 1 l. 13 eod., auch haftet er 3. auf die S. 181 Lit. b angegebene Weiſe, wenn er die Sache während des Proceſſes aus Fahrläſſigkeit ſich abhanden kommen läßt D. eod. l. 45 l. 21 l. 36 § 1. Aber er *haftet nicht* für *zufälligen* Untergang oder zufällige Beſchädigungen, welche die Sache erleidet, weil ihn die Einleitung des Proceſſes nicht *wirklich* zum malae fidei possessor macht; D. 5, 3 de H. P. l. 40 pr. l. 25 § 7 l. 31 § 3; die unter Nr. 1—3 angeführten Stellen ſprechen bloß von *dolus* und *culpa* des bonae fidei possessor, die mora aber, welche in l. 15 § 3 l. 17 § 1 de R. V. erwähnt iſt, bezieht ſich auf den bei uns unpraktiſchen vorläufigen arbitratus iudicis, der im römiſchen Recht bei der rei vindicatio, weil ſie zu den actiones arbitrariae gehörte, vorkam (die l. 18 und 19 eod. erklären ſich durch Das, was über den Lauf der *alten* Uſukapion während des Proceſſes bei der Lehre von der Eigenthumserſitzung ausgeführt wurde); *meine* Erörterungen III S. 106 f. 131, nun auch *Arndts* § 113 Anm. 4 Lit. b. und *Savigny* Syſt. VI S. 81. Hieraus folgt weiter, daß er auch für die Früchte, die er *vom Proceßanfange an* verzehrt, Erſatz geben, *alle von da an* gezogenen Früchte jeder Art unbedingt herausgeben und für die, welche er *von da an* bei gehörigem Fleiße hätte ziehen können, Erſatz leiſten muß; I. 4, 17 de off. iud. § 2; C. 3, 32 h. t. cst. 22; 7, 51 de fruct. cst. 2.

C. Nach dem Ausgeführten tritt mit dem *Proceßanfange* eine erhöhte Verpflichtung des Beſitzers ein (ſ. A, II und B, II), und es iſt daher die Frage wichtig, *welcher Proceßabſchnitt* dieſen Anfang bildet. Nach älterem römiſchen Recht war es die litis contestatio. Dieſe ſoll nach der Anſicht Vieler auch nach dem ſpäteren römiſchen Recht und bei uns der entſcheidende Zeitpunkt ſein. Der natürlichere Zeitpunkt aber würde, da es bei dieſen Wirkungen lediglich auf das Bewußtſein des Beklagten, daß eine gerichtliche Anforderung gegen ihn erhoben worden iſt, ankommt, der Zeitpunkt *der Ladung* ſein, und dafür entſchied wohl auch ſchon das ſpätere römiſche Recht (»post inchoatam petitionem« I. 4, 17 de off. iud. § 2; vgl. D. 5, 3 de H. P. l. 25 § 7), ſo daß jene

Wirkungen eintreten, ſobald die Klage dem Beklagten inſinuirt iſt; meine Erörterungen III S. 108—110, Arndts § 113 Anm. 4 Lit. b a. E.

D. Zu beachten iſt, daß der Eigenthümer, wenn er gegen den Beſitzer der Sache, ſei es gegen den wirklichen, oder, wo es nach dem Angeführten zuläſſig iſt, gegen den fictus possessor klagen will und der Fall ein ſolcher iſt, in welchem die Publiciana in rem actio angeſtellt werden kann (alſo namentlich er die mala fides des Beklagten nachweiſen kann oder der Beklagte nicht im Stande iſt, zu beweiſen, daß er die Sache iusto titulo beſitze, ſ. Arndts § 170), natürlich weit beſſer daran thut, den Beklagten nicht mit der rei vindicatio, ſondern mit der Publiciana actio zu belangen, weil er bei dieſer Klage den Beweis ſeines Eigenthums nicht zu führen hat und bei ihr doch in Beziehung auf Haftpflicht des Beſitzers ebenfalls ganz die vorhin ausgeführten Grundſätze gelten; D. 6, 2 de Publ. act. l. 7 § 8.

Die Publiciana actio.

§ 144.

(Arndts § 170.)

Es iſt nicht ſelten, daß man eine Sache auf formell rechtmäßige Weiſe erwarb und deßhalb glaubt, ihr Eigenthümer zu ſein, aber wegen eines Mangels bei der Erwerbung nicht Eigenthümer wurde[1]; oder daß man zwar wirklich dadurch Eigenthümer wurde, aber es nicht beweiſen kann, z. B. wenn man durch Succeſſion erwarb, aber das dominium auctoris nicht nachzuweiſen vermag[2]. Wenn man nun in ſolchen Fällen die Sache aus dem Beſitz verliert und der Fall nicht ein ſolcher iſt, in welchem man ſich durch eine perſönliche Klage helfen kann[3]: ſo könnte man die Sache nicht vom Beſitzer herausfordern, ſelbſt nicht vom malae fidei possessor und nicht von Dem, der ſie ohne allen Titel beſitzt, weil man das Eigenthum nicht beweiſen kann. Offenbar aber verlangt die Gerechtigkeit, daß man hier wenigſtens einem Solchen vorgezogen wird, der einen ſchlechtern Beſitz an der Sache hat, als der unſrige war. Aus dieſem Grunde führte das prätoriſche Edikt für Den, der eine uſukapionsfähige Sache bona fide und iusto titulo in Beſitz bekommen hatte, ſo daß er ſie an ſich hätte uſukapiren können, ſie aber noch nicht uſukapirt hat, und ſie aus dem Beſitz verlor, eine dingliche Klage ein, mit welcher er die Sache von jedem dritten Beſitzer, deſſen Beſitz nicht ein Uſukapionsbeſitz iſt (welcher ſie alſo in einem ſchlechtern Beſitz hat), herausfordern kann.

---

[1] S. oben § 138 Nr. II.
[2] Vgl. oben § 143 Nr. I.
[3] S. oben § 142.

Dies ist die Publiciana in rem actio. Da aber der Prätor nicht so geradezu ein neues Recht einführen konnte, so vermittelte er die Einführung dieser Klage im alten Formularproceß dadurch, daß er die formula der rei vindicatio, die dem Eigenthümer zustand, auf diese Fälle ausdehnte, aber um dies zu können, in der Klagformel ergänzte durch die Fiktion, als ob der Usukapionsbesitzer (der Kläger) die Sache, als sie aus seiner Hand kam, schon usukapirt gehabt hätte; eine Fiktion aber, die nur gegen schlechtere Besitzer wirkt. Dies heißt aber nichts Anderes, als: er gab Dem, der die Sache iusto titulo bekommen hatte, obwohl er sein Eigenthum nicht beweisen kann, doch eine in rem actio (fictitia oder) eine rei vindicatio utilis[4]. Es hat somit jene Fiktion nur eine historische Bedeutung, und es ist daher schief, wenn Viele von dem zur Publiciana actio Berechtigten sagen, er habe ein publicianisches oder ein fingirtes, prätorisches Eigenthum.

Diese Klage ist natürlich auch für den wirklichen Eigenthümer sehr wichtig, wenn er sein Eigenthum nicht beweisen kann und es mit einem Besitzer zu thun hat, der nicht Usukapionsbesitzer ist. Denn er bringt dann mit der Publiciana actio durch, wenn er nur beweisen kann, daß er die Sache iusto titulo erworben hatte[5].

Die Grundsätze über diese Publiciana actio gehen dahin:

1) Ihre Erfordernisse an sich sind:

a. Der Kläger muß die Sache iusto titulo bekommen haben[6]. — Ursprünglich wurde erfordert, daß er sie iusto titulo wirklich in den Besitz bekommen und er sie wieder aus demselben verloren hatte, daß er also Usukapions-Besitzer war. Allein später wurde dies mit Recht erweitert. Ein solch gehabter Besitz wird in den Fällen zwar stets erfordert, in welchem die Eigenthumserwerbung durch den Besitz vermittelt werden muß[7]; aber er wird nicht erfordert in den Fällen, in welchen durch einen sog. transitus legalis[8] Eigenthum erworben werden kann. In solchen Fällen steht die Klage auch Demjenigen zu, welcher gar nicht Besitzer der Sache war, aber nachweisen kann, daß ihm die Sache

---

[4] Gaius Inst. III § 36. I. de act. 4, 6 § 4.

[5] I. de act. 4, 6 § 4; D. de Publ. act. 6, 2 l. 13. — Über die bei Arndts l. c. Anm. 4 erwähnte Ansicht Delbrücks s. oben § 128 Beil. Lit. E.

[6] S. oben § 138 Nr. II. — D. de Publ. act. 6, 2. l. 1 pr. l. 3 § 1 l. 4, 5 7 pr. § 3, 10, 16; l. 9 pr. § 1, 2 l. 13. Arndts l. c. Anm. 1.

[7] Z. B. in den Fällen des § 131. D. h. t. 6, 2 l. 7 §. 16.

[8] S. oben § 130 Nr. 3 nach Anm. 8.

Eigenthumsklage, überhaupt nicht eine dingliche Klage sei und sie sich keineswegs auf ein erworbenes Eigenthum stütze, vielmehr gehe die Klage bloß auf Übertragung des Eigenthums, der Kläger habe bloß einen Anspruch, eine Forderung gegen die genannten Personen (Vormund, Geschäftsführer, Ehegatten) auf Übergabe der Sache, die Klage sei also lediglich auf eine Obligation gestützt, gehe daher nicht gegen Dritte, gewähre aber doch als rei vindicatio dem Kläger den Vortheil, daß er beim Konkurse des Beklagten seinen Anspruch als Vindikant geltend machen könne und daher den übrigen Gläubigern des Beklagten vorgehe. — Allein diese Konstruktion, welcher im Wesentlichen nun auch Jacobi in den genannten Jahrbüchern Bd. IV S. 230 Note beitrat, wird sich in keiner Weise rechtfertigen lassen, so scharfsinnig sie auch Ihering durchführte. Die Quellen bezeichnen die Klage durch »utilis actio ad rem vindicandam« oder durch »actio in rem utilis«. Eine Klage aber, die nicht auf ein dingliches Recht des Klägers, sondern lediglich auf eine Obligation des Beklagten sich stützt, durch die man nur ein persönliches Recht gegen denselben geltend macht und die nur darauf geht, daß uns durch Tradition der Sache erst das Eigenthum an derselben übertragen werden soll und die nicht gegen Dritte geht — eine solche Klage kann unmöglich eine rei vindicatio, eine in rem actio sein, und nirgends in unseren Quellen wird eine solche Klage in die Kategorie der vindicationes gesetzt. Überdies kommt jene Konstruktion mit sich selbst in Widerspruch; denn nach ihr soll jene rei vindicatio utilis nicht gegen Dritte gehen und doch im Konkurs des Schuldners gegen dessen Gläubiger geltend gemacht werden können! Überhaupt aber wäre auch nicht zu begreifen, wie der Kläger mit einer solchen Klage, welche lediglich die Funktion einer persönlichen Klage vertreten soll, im Konkurse des Schuldners (nach Ihering a. O. S. 173, ohne das Eigenthum des Schuldners beweisen zu müssen) unter die Vindikanten kommen und in Beziehung auf die betreffende Sache die übrigen Gläubiger des Schuldners ausschließen könnte. Mit Recht haben sich gegen Iherings Konstruktionen nun auch ausgesprochen Arndts Pand. 3. Ausgabe § 145 Anm. 3 a. E., Windscheid Die actio des römischen Civilrechts S. 217 f. (welcher ihr aber doch S. 216 für den Fall unter C, und in seinen Pand. § 174 Note 9 für noch mehrere Fälle viel zu weit gehende Konzessionen macht) und Kindervater in dem Jahrbuch des gemeinen Rechts Bd. VI S. 338—349, dessen gute Ausführung gegen Ihering und gegen Windscheids Konzessionen besonders zu beachten ist. — Andere, z. B. Pagenstecher Lehre vom Eigenthum Bd. II 1858 S. 215, Dernburg Das Pfandrecht Bd. I, 1860 S. 326 f. gehen auch davon aus, daß in jenen Fällen nicht von einem Eigenthumserwerb die Rede sei und erklären die rei vindicatio utilis dahin: es gelte die rei vindicatio des Eigenthümers (des kaufenden Vormunds, Geschäftsführers) als cedirt an Den, dem das Geld ꝛc. gehörte; Dieser könne die Sache, wie ein Cessionar, dem der Eigenthümer seine rei vindicatio abgetreten habe, dem dritten Besitzer mit der rei vindicatio utilis abfordern, ja er könne sie sogar, wenn der Eigenthümer sie besitzt, im Konkurs desselben vindiciren. Allein gegen diese Erklärung spricht Doppeltes — einmal, daß ein bloßer (wirklicher oder fingirter) Cessionar der Eigenthumsklage unmöglich diese Klage im Konkurs des Eigenthümers geltend machen und gegen die übrigen Gläubiger als Vindikant auftreten kann (s. auch Ihering a. O. S. 162), sodann daß die cst. 3 arbitr. tut. (s. unten) mit dieser Erklärung nicht vereinbar ist.

Man wird vielmehr das Verhältnis anders zu konstruiren haben. Es soll hierbei zunächst der erste Fall (Lit. A.) zu Grunde gelegt werden. Wenn ein Vormund für den Mündel eine Sache erwerben will: so kann er einen doppelten Weg einschlagen; er kann geradezu für den Mündel, also auf dessen Namen, die Sache sich tradiren lassen und dann erwirbt sofort, wenn der Tradent Eigenthümer war, der Mündel Besitz und Eigenthum der Sache und kann sein Eigenthum mit der rei vindicatio directa geltend machen; D. 41, 1 de dom. l. 13 § 1; er kann aber auch das Geschäft auf seinen Namen eingehen, sich die Sache für sich tradiren lassen, und dann erwirbt zunächst er das Eigen-

thum der Sache. Hier griff nun ein Grundsatz ein, der überhaupt bei Erwerbungen, die der Vormund im Interesse des Mündels mit Sachen des Mündels machte, galt. Wenn nämlich ein Vormund ein Rechtsgeschäft als Vormund, somit im Interesse des Mündels und mit der Erklärung, daß er als Vormund handle, einging, aber das Geschäft nicht auf des Mündels Namen, sondern auf seinen eigenen Namen abschloß (was er nach römischem Recht bei Kontrahirung von Obligationen in der Regel mußte, weil dasselbe in vielen Fällen wahre Stellvertretung ausschloß) und zur Erwerbung aus dem Geschäft eine Sache des Mündels verwendete: so ging das Recht, welches er im Interesse des Mündels erwarb und die betreffende Klage auf den Mündel über, so daß dieser die Erwerbung actione utili einklagen konnte; D. 26, 7 de adm. tut. l. 9 pr.; C. 5, 39 quando ex facto cst. 2, 4. So konnte daher auch der Mündel, wenn der Vormund mit dem Gelde des Mündels in dessen Interesse eine Sache kaufte und sich vom Eigenthümer tradiren ließ, aber das Geschäft bloß auf seinen (des Vormunds) Namen einging, die Sache, als ob er sie für ihn (den Mündel) erworben hätte, mit einer rei vindicatio utilis fordern; D. 26, 9 quand. ex fact. l. 2. Hier ging nun das römische Recht noch einen Schritt weiter. Wenn nämlich der Vormund mit dem Gelde des Mündels eine Sache kaufte und sich tradiren ließ, aber dies nicht im Interesse des Mündels thun, sondern sich die Sache erwerben und sie behalten wollte: so würde an sich der angeführte Grundsatz keine Anwendung leiden; der Vormund müßte Ersatz für das Geld geben, aber die Sache würde ihm verbleiben. Allein man räumte dem Mündel das Recht ein, auch in einem solchen Falle den angeführten Grundsatz zur Anwendung zu bringen; er erhielt die Wahl, ob er das Geld, welches der Vormund für sich verwendet hatte, von demselben mit Zinsen verlangen, oder ob er die Erwerbung der Sache, die der Vormund für sich gemacht hatte, als für sich (den Mündel) geschehen behandeln wolle; C. 5, 51 arb. tut. cst. 3 (hier wird dem Mündel gesagt, er könne wählen »utrum malis, in emtione tibi negotium curatorem gessisse, an« ꝛc.). Wählt er nun das Letztere, so muß

1) nach der Rechtskonsequenz Folgendes daraus sich ergeben: Hat der Vormund die Sache noch in Händen: so gilt der Mündel, wenn er erklärt, daß er das Letztere wähle, als Eigenthümer der Sache (vorausgesetzt, daß der Vormund von dem Verkäufer das Eigenthum erworben hatte, also der Mündel erweisen kann, daß der Auktor des Vormunds Eigenthümer der Sache war), weil es ja nach der cst. 3 cit. so gehalten werden solle, als ob der Vormund durch den Kauf ein Geschäft für den Mündel besorgt hätte. Der Mündel kann daher die Sache mit einer rei vindicatio utilis vom Vormunde und natürlich auch von Denen, an welche nach der getroffenen Wahl die Sache vom Vormund veräußert wurde, fordern und geht, wenn der Vormund insolvent ist, im Konkurse des Vormunds allen Gläubigern desselben als Vindikant vor. Neben dieser rei vindicatio utilis des Mündels besteht dann nicht auch noch, wie Ihering behauptet und auch Bangerow § 332 Anm. 3 S. 651 (der 7. Ausgabe) annimmt, eine rei vindicatio directa des Vormunds; denn dieser ist gar nicht mehr Eigenthümer. Daß aber die dingliche Klage des Mündels eine actio »utilis« genannt wird, erklärt sich wohl aus der anomalen Weise, durch die er das Eigenthum erwarb, wie auch mitunter sonst in ähnlichen Fällen die dem dinglich Berechtigten zukommende in rem actio eine »utilis« heißt, z. B. C. 2, 54 ex qb. caus. mai. cst. 5 (vgl. C. 3, 32 d. R. V. cst. 24) D. 8, 5 si serv. vind. l. 10. — Von selbst versteht es sich aber, daß, wenn der Auktor des Vormunds nicht Eigenthümer der Sache war, somit auf den Vormund Eigenthum nicht übertragen konnte, auch der Mündel nicht durch seine Wahl Eigenthümer werden kann, also dann keine Vindikation hat und dem wahren Eigenthümer weichen muß. — Auf die genannte Weise faßte stets die herrschende Meinung und auch die Praxis das Verhältnis auf. Nur entsteht noch

2) die Frage, welches Recht der Mündel hat, wenn der Vormund die Sache nicht mehr besitzt, weil er sie an einen Dritten veräußerte. Hier kann es keinen Zweifel haben, daß diese Veräußerung, wenn sie vom Vormund geschah, nach-

durch eine Erwerbart zugefallen sei, durch die man auch ohne Besitzerwerbung das Eigenthum erwerben konnte, z. B. durch Vermächtnis oder Erbschaft[9].

b. Die Sache darf nicht mehr, als der Kläger sie erwarb, eine solche gewesen sein, die aus objektiven Gründen[10] der usucapio entzogen ist[11].

c. Der Kläger muß in bona fide gewesen sein, aber nur bei Erwerbung der Sache[12].

Von diesen Erfordernissen hat aber der Kläger bloß das unter a. zu beweisen. Er siegt daher, wenn er nur den Erwerb iusto titulo beweisen kann, außer der Beklagte wäre im Stande, den Mangel des Requisits unter b. oder des unter c. zu beweisen: denn die Berufung auf einen solchen Mangel ist eine Einrede, die der Beklagte beweisen muß, da das Gesetz die bona fides und die Usukapirbarkeit der Sache bis zum Beweis des Gegentheiles als vorhanden voraussetzt[13].

2) Mit dieser Klage bringt man aber nur durch gegen denjenigen Besitzer, welcher peiore modo possidet, welcher also nicht (selbst) Usukapionsbesitzer der Sache ist, somit die Sache mala fide in seinen Besitz bekam, oder keinen iustus titulus für seinen Besitz nachweisen kann, oder die Sache als eine aus objektiven Gründen nicht usukapirbare besitzt, z. B. weil sie dem Kläger entwendet worden war[14]. Es geht also namentlich die Klage

a. nicht gegen einen Usukapions-Besitzer[15]; denn in pari causa potior est possessor. Nur wenn Beide, Kläger und Beklagter ihren Erwerb von demselben auctor herleiten und beide in bona fide sind[16], so geht Der vor, welchem die Sache zuerst von dem gemeinsamen auctor trabirt worden war. Wenn sie aber von verschie-

---

[9] D. l. c. l. 12 § 1. Arndts § l. c. Anm. 1 (in der Mitte). Bangerow Pand. § 335 (7. Ausg. S. 666).

[10] Arndts § 162 Nr. 2.

[11] Arndts § 170 Note c.

[12] Arndts l. c. Anm. 2 und Bangerow Pand. I (7. Ausg.) S. 668. — Mala fides superveniens schadet nicht. Denn zur Publiciana wird ja nicht erfordert, daß keine Unterbrechung im Usukapionsbesitz eingetreten sei.

[13] Vgl. oben § 141 und § 101 Beil. II Nr. II 1, 2 (Th. I S. 524 f.).

[14] S. auch oben § 128 Beil. Lit. F Nr. II 5.

[15] Der iusto titulo den Besitz an der usukabeln Sache erwarb und dem die mala fides nicht nachgewiesen werden kann.

[16] Also wenn Jeder von ihnen iusto titulo und bona fide ab eodem auctore erwarb.

denen Auktoren erwarben, so geht stets der gegenwärtige Usukapions-Besitzer vor[17].

b. Die Klage geht nicht gegen den Eigenthümer der Sache, also nicht gegen denjenigen Beklagten, welcher excipiendo sein Eigenthum an der Sache nachweisen kann, außer wenn gegen ihn die exceptio rei venditae et traditae begründet ist[18], die dann der Kläger als Replik gegen die exceptio dominii gebrauchen kann[19].

3) Wenn der Kläger siegt, so geht das Urtheil natürlich nicht auf Anerkennung eines Eigenthums des Klägers, sondern nur darauf, daß der Kläger als der bessere Erwerber anzuerkennen und ihm deßhalb die Sache cum omni causa herauszugeben sei. Über die Herausgabe der Sache und über Das, wofür ein bonae und ein malae fidei possessor zu haften hat, und über Ersatz der impensae, gilt bei der Publiciana durchaus, was bei der rei vindicatio gilt[20].

4) Sehr Viele schreiben dem zur Publiciana actio Berechtigten ein fingirtes oder prätorisches Eigenthum an der Sache zu. Allein dies ist nicht zu rechtfertigen; sein Recht ist gar kein Eigenthum und dem römischen Recht fiel es nicht ein, es ein Eigenthum zu nennen. Allerdings kam bei der Klage eine Fiktion vor, aber diese hatte bloß eine historische Bedeutung. Der Prätor Publicius nämlich kolorirte und vermittelte die Einführung der Klage im alten Formularproceß dadurch, daß er die formula der Klage, die einem Eigenthümer zustand, auch auf den Fall des bloß gehabten Usukapionsbesitzes ausdehnte und um dies zu können, das (bei dem letzteren) fehlende Moment des Eigenthums ergänzte durch die Fiktion, als ob der Kläger die Sache schon usukapirt gehabt hätte[21]; also eine rei vindicatio fictitia gab, welche dann nach ihm Publiciana genannt wurde[22]. Diese Fiktion

---

[17] D. h. t. 6, 2 l. 9 § 4. Zwar will die l. 31 § 2 D. de act. emti vend. 19, 1 auch im letzteren Falle Dem den Vorzug geben, der zuerst erwarb (Arndts l. c. Anm. 4). Allein die Entscheidung der l. 9 cit. muß hier schon deßhalb als das geltende Recht angenommen werden, weil die l. 9 gerade in dem Titel, der von der Publiciana ausschließlich handelt, die Frage ex professo und mit Rücksicht auf entgegenstehende Ansichten entscheidet. Vgl. oben § 24 Nr. IV a. E. (Th. I S. 122).

[18] S. oben § 143 Nr. VI 2 b.

[19] S. oben § 131 Lit. C bei Anm. 30 und § 143 Beil. II Lit. A I 1 b a. E.

[20] S. oben § 143 Beil. II a. E.

[21] Er faßte die Formel so, daß darin gesagt wurde, der Kläger soll zum Zweck der Klage behandelt werden, als ob er durch Usukapion das quiritarische Eigenthum schon erworben gehabt hätte.

[22] Gaius Inst. IV, 36.

aber betraf bloß die Faſſung der Klagformel und iſt daher für das ſpätere römiſche Recht und für unſer Recht etwas völlig Bedeutungsloſes geworden. Auch paßte ſie gar nicht mehr auf die Ausdehnung der Klage[23], nach welcher auch Derjenige die Klage hat, welcher gar nicht Beſitzer der Sache war, von dem alſo nicht fingirt werden konnte, daß er ſie uſukapirt habe.

Negatoria actio.

§ 145.

(Arndts § 169.)

Die rei vindicatio, in manchen Fällen auch die Publiciana, iſt das Mittel, durch welches der Eigenthümer ſich hilft, wenn ihm ſeine Sache völlig entzogen oder vorenthalten wird[1]. Es kann aber auch der Fall ſein, daß dem Eigenthümer nicht die Sache ſelbſt entzogen oder vorenthalten, ſondern bloß partiell in ſein Eigenthum dadurch eingegriffen wird, daß ein Dritter ſich beſchränkende Rechte gegen die Sache ſelbſt anmaßt oder überhaupt ſich Handlungen gegen die Sache erlaubt, durch welche das Eigenthum beeinträchtigt oder der Eigenthümer in der freien Verfügung über ſeine Sache gehindert wird. Hier kann ſich der Eigenthümer in manchen Fällen, wenn er Beſitzer der Sache iſt, auf dem einfachſten Weg durch das interdictum retinendae possessionis gegen den Störer vorerſt ſchützen[2]. Er hat aber auch gegen alle ſolche partielle Eingriffe in das Eigenthum eine dingliche auf ſein Eigenthum geſtützte Klage, die negatoria in rem actio. Dieſe Klage geht nämlich nicht bloß, wie man es häufig auffaßte, gegen Den, der ſich eine Servitut an der Sache (eines Andern) anmaßt, ſondern gegen Jeden, der

a) irgend eine Befugnis gegen die Sache (des Eigenthümers) in Anſpruch nimmt, ohne die Sache ſelbſt ſich anzumaßen, mag die Handlung in einem wirklichen Eingriff in den Beſitz des Eigenthümers beſtehen, oder in einer bloßen Erklärung gegen den Eigenthümer, daß man ein beſchränkendes Recht gegen die Sache habe und in Anſpruch nehme[3]; ferner

[23] S. oben Nr. 1 a.

[1] Vgl. auch oben § 142.

[2] Nämlich in den Fällen von oben § 128 Beil. Lit. A Nr. 1 Lit. b. c.

[3] Arndts § 169 Anm. 3. Windſcheid Pand. § 198 Note 9. Vgl. D. si usufr. 7, 6 l. 5 § 6.

b) gegen Den, der, ohne sich gerade eine Befugnis zu seinem Handeln zuzuschreiben, durch faktische Eingriffe der angeführten Art auf die Sache einwirkt oder dem Eigenthümer den Gebrauch oder die Verfügung über die Sache verkümmert[4]. Namentlich hat sie also auch der Miteigenthümer gegen seinen Miteigenthümer, wenn dieser an der gemeinsamen Sache willkürlich Änderungen vornimmt[5] oder vornehmen will; ferner hat sie der Eigenthümer gegen Diejenigen, welche irgend ein ius in re an seiner Sache in Anspruch nehmen, z. B. eine Servitut oder Superficiarrecht; ferner gegen seinen Nachbar, der ihn in den Nachbarrechten beeinträchtigt.

Die Klage geht auf Ablassung von der Anmaßung (Wiederherstellung des Zustandes), Untersagung jeder weiteren Störung und Ersatz des etwa zugefügten Schadens[6].

Über die Frage aber, was der Kläger zu beweisen hat, um zu siegen, ist viel Streit[7]. Viele behaupten nämlich, der Kläger müsse die Freiheit seiner Sache nachweisen, also beweisen, daß dem Gegner ein Recht zu dem Angemaßten nicht zukomme. Andere meinen, der Kläger habe diesen Beweis wenigstens dann zu führen, wenn der Gegner bereits in der quasi possessio des angemaßten Rechts sich befinde, weil für den Besitzer die Vermuthung streite, daß er auch Berechtigter sei. Allein was das Letztere betrifft, so streitet für Denjenigen, der in der faktischen Ausübung des Inhalts eines Rechts gegen eine fremde Sache sich befindet[8], noch keineswegs eine rechtliche Vermuthung, daß er der Berechtigte sei. Seine quasi possessio kann ihn also des Beweises seines Rechts nicht überheben. Was aber die erstere Ansicht betrifft, so liegt allerdings auch hier auf dem Kläger die Beweislast, d. h. er muß, wie jeder Kläger, das Fundament seiner Klage beweisen. Nur muß man das Fundament der negatoria actio richtig auffassen. Dasselbe liegt keineswegs in der Nichtexistenz eines Rechts des Gegners, sondern lediglich in dem Eigenthum des Klägers. Denn in der Natur des Eigenthums liegt als Regel seine Unbeschränktheit. Wer daher beweist, das Eigenthum der

---

[4] Windscheid l. c. Note 1. — Z. B. wenn ein Baum oder Balken von des Nachbars Grundstück auf das meinige fällt und der Nachbar sie liegen läßt.

[5] Windscheid Pand. § 169 a Note 4.

[6] Arndts § 169 Note b. c. e. f. Vgl. oben § 121 Beil. Nr. II 1.

[7] Arndts § 169 Anm. 4.

[8] In eine solche faktische Ausübung kann sich Jeder durch Eigenmacht setzen.

Sache erworben zu haben, kann jede Beſchränkung in ſeinem Eigenthum zurückweiſen, bis gegen ihn Jemand eine Befugnis zur Beſchränkung nachweiſt[9]. Hieraus folgt: der Kläger hat bei der negatoria actio ſein Eigenthum an der Sache zu beweiſen. Kann er dies beweiſen oder geſteht der Beklagte es zu, der Letztere beruft ſich aber excipiendo darauf, er habe ein beſonderes Recht, z. B. eine Servitut, wodurch das Eigenthum des Klägers beſchränkt ſei, ſo muß er das Fundament dieſer exceptio, alſo die Erwerbung eines ſolchen Rechts nachweiſen[10]. Etwas Anderes iſt es, wenn der Kläger zugiebt, dem Beklagten habe das Recht an der Sache zugeſtanden, es ſei aber wieder erloſchen. Dieſes iſt eine Replik (im weitern Sinn), die er, der Kläger, beweiſen muß[11].

Kann der Kläger nicht ſein Eigenthum beweiſen, aber doch nachweiſen, daß er die Sache iusto titulo erworben habe[12], ſo werden hier die Grundſätze der Publiciana actio auch auf die negatoria actio angewendet, d. h. er ſiegt dann mit der Klage als einer negatoria Publiciana actio wenigſtens gegen einen ſolchen Gegner, der nicht nachweiſen kann, daß er die angemaßte Befugnis iusto titulo erworben habe, oder dem nachgewieſen werden kann, daß er ſich die Befugnis mala fide anmaße, d. h. während er wiſſe, daß ſie ihm nicht zukomme[13].

Novi operis nuntiatio und interdictum quod vi aut clam*.

§ 146.

(Arndts §§ 329. 330.)

Bei Grundſtücken hat Derjenige, der ſich von einem Andern durch Bauten oder ſonſtige Änderungen am Grundſtück beeinträchtigt

---

[9] Vgl. oben § 119.

[10] S. oben § 119 im Anf. und oben § 101 Beil. II Nr. II 3 im Anf. (Th. I S. 525). Daß damit auch unſere Quellen übereinſtimmen, wird in unſerer Zeit mehr und mehr, auch von der Praxis zugegeben. Über die Erklärung der bei Arndts § 169 Anm. 4 angeführten Stellen ſ. die dort unter a. angeführten Schriftſteller, beſonders Puchta, Inſtitutionen § 233 und Bangerow Pand. I § 353 (7. Ausg. S. 771 ff.).

[11] Vgl. oben § 101 Beil. II Nr. II 4 (Th. I S. 526).

[12] S. oben § 138 Nr. II. [13] Bangerow Pand. § 354.

* Die Litteratur ſ. bei Arndts § 329 Anm. 1 und § 330 Anm. 1. — Hervorzuheben ſind beſonders Bangerow Pand. § 676, 677; Ad. Stölzel Die Lehre

ſieht, noch eigenthümliche Rechtsmittel, die von den meiſten Neueren unpaſſend erſt im Obligationenrecht entwickelt werden; denn ſie dienen hauptſächlich zum Schutz dinglicher Rechte an Grundſtücken, beſonders des Eigenthums und ſind daher entweder bei den dinglichen Rechten überhaupt oder hier beim Eigenthum zu entwickeln. In dieſer Hinſicht gilt Folgendes:

A. Novi operis nuntiatio.

I. Wenn der Beſitzer eines Grundſtücks an demſelben durch Bauen oder durch Niederreißen von Bauten irgend Änderungen vorzunehmen im Begriff iſt, ſo kann es ſein, daß ein Anderer ſich dadurch in ſeinen Rechten beeinträchtigt hält, und zwar entweder

1) in dem Eigenthum als Eigenthümer eines benachbarten Grundſtücks, z. B. in einem geſetzlichen Nachbarrechte[1] oder weil durch die Bauten Etwas in die Luftſchicht über ſeinem Grundſtück hineinragen würde, wie ein Balkon u. dergl.;

2) in der Ausübung einer gegen das Grundſtück (des Ändernden) ihm zuſtehenden Servitut;

3) in der Sicherheit ſeines Grundſtücks, weil ihm das Bauwerk durch ſeine mangelhafte Beſchaffenheit Schaden droht[2].

In dieſen Fällen ſtehen dem Beeinträchtigten verſchiedene Rechtsmittel zu Gebot. Er hat im Falle von Nr. 3 den Anſpruch auf cautio damni infecti[3]; in den Fällen von Nr. 1 und 2 hat er, wenn er durch die Änderung in dem Beſitze des Grundſtücks geſtört wurde oder in der quasi possessio einer Servitut, die poſſeſſoriſchen Rechtsmittel[4]; es ſtehen ihm aber auch petitoriſche Klagen zu gegen den ändernden Beſitzer des Grundſtücks, im Fall von Nr. 1 die actio negatoria, im Fall von Nr. 2 die actio confessoria, beim Superficiar- und Emphyteutrecht die rei vindicatio utilis, wobei er aber den zu dieſen Klagen nöthigen Beweis führen muß[5].

Allein die Verhandlung über dieſe Klagen kann lange Zeit dauern, es ihm aber ſehr von Intereſſe ſein, daß die Ausführung des Vorhabens des Gegners möglichſt bald ſiſtirt wird. Hiezu nun dient die

von der novi operis nuntiatio und dem interdictum quod vi aut clam (1865) 629 Seiten); Friedr. Zimmermann im Archiv. f. civil. Prax. Bd. LII S. 364 ff.; Hoffe Das Einſpruchsrecht gegen Bauunternehmungen (Leipzig 1866).

[1] S. oben § 119 Nr. II. [2] Vgl. Arndts § 328.

[3] Reſpektive die missio ex primo, ex secundo decreto, ſ. Arndts § 328.

[4] S. oben § 128 und unten § 161. [5] Vgl. oben § 145; unten § 160.

novi operis nuntiatio, zu welcher in den genannten Fällen der Eigenthümer des bedrohten Grundstücks und der Emphyteuta, Superficiar und Faustpfandgläubiger[6], beziehungsweise der Servitutberechtigte[7], befugt sind; jedoch ein Servitutberechtigter nur, wenn die angeblich ihm zustehende Servitut eine ständige ist[8].

II. Diese novi operis nuntiatio ist ein bloßes außergerichtliches Privatverbot, welches der Bedrohte am Orte des Werks („in rem" gegen die Fortsetzung des Werks, sei es gegen den Ändernden oder gegen seine Arbeiter oder sonst an einen dabei Betheiligten, dahin ausspricht, daß in dem Werke nicht fortgefahren werde, bis über das Recht dazu gerichtlich entschieden sei[9]. Die Wirkung ist dann zunächst, daß der Nuntiat nun vorerst und bis der Richter die nuntiatio remittirt (s. Nr. III) nicht weiter in seiner Änderung fortfahren darf, außer es wäre Gefahr auf dem Verzug[10]. Fährt er dennoch fort, so kann der Nuntiant, wenn er sich (durch Nachweis eines der unter Nr. I 1—3 angegebenen Verhältnisse) legitimirt, gegen ihn oder seine Erben ein interdictum demolitorium oder auch das interdictum quod vi aut clam anstellen und verlangen, er solle ohne Weiteres auf seine Kosten den alten Zustand wiederherstellen, wie er zur Zeit der nuntiatio war, ohne Rücksicht darauf, ob er ein Recht zur Änderung hatte oder nicht, und den etwa angerichteten Schaden ersetzen[11]. Gegen einen Singularnachfolger im Grundstück des Nuntiaten, z. B. den Käufer, findet in diesem Umfange das Interdikt nur statt, wenn er von der nuntiatio wußte; wußte er nicht davon, so kann von ihm der Nuntiant nur patientia verlangen, d. h. Einreißen auf seine, des Nuntianten Kosten[12].

III. Dem Nuntiaten wird es natürlich sehr daran liegen, daß das Verbot bald remittirt und er in seinem Werke nicht weiter gehindert werde. Das römische und kanonische Recht bestimmt deßhalb

---

[6] Arndts § 330 bei Note k—n.

[7] Arndts l. c. Note b—e, h—n.

[8] Continua im Sinne von (unten) § 150 Beil. Nr. II. D. de oper. nov. nunt. 39, 1 l. 1.

[9] Arndts § 330 Anm. 2.

[10] D. h. t. 39, 1 l. 5 § 12. Doch verlor die nuntiatio ihre Wirkung, wenn der Nuntiant nicht intra annum klagte. Stölzel l. c. S. 110 f.; geändert ist Dieses von Justinian in Cod. h. t. 8, 11 cst. un.

[11] Arndts § 330 Note g.

[12] D. h. t. 39, 1 l. 8 § 7 l. 22, 23. Bangerow Pand. III 534 f.

genau, wie in dieſer Hinſicht nach der nuntiatio weiter verfahren werden ſoll[13].

1) Wenn der Nuntiant gleich nach der Nuntiation ſeinen Einſpruch gegen die Änderung durch eine Klage (gegen den Nuntiaten) zur gerichtlichen Entſcheidung bringt, alſo, da er durch die Nuntiation auf jedes poſſeſſoriſche Rechtsmittel verzichtet[14], mit einer petitoriſchen Klage gegen den Nuntiaten auftritt (im Fall von Nr. I 1 mit der negatoria actio; in den Fällen von Nr. I 2 mit der confessoria actio) und die dabei erforderlichen Beweiſe führt[15]: ſo iſt nun natürlich die Änderung dem Nuntiaten bleibend zu unterſagen und dieſer muß den alten Zuſtand wiederherſtellen, außer er (der Nuntiat) könnte excipiendo ein Recht zur Änderung nachweiſen, z. B. in den Fällen von Nr. I 1, daß ihm gegen das Grundſtück des Nuntianten eine Servitut (z. B. proiciendi, stillicidii recipiendi) zuſtehe, die ihn zum Werke berechtige.

2) Ebenſo verſteht es ſich von ſelbſt, daß, wenn der Nuntiat ſofort auf Remiſſion klagt und dabei ſein Recht zum Bauen beweiſt, die nuntiatio remittirt werden muß.

3) Wenn aber dieſe Proceſſe (1. 2.) von der Nuntiation an ſich über 3 Monate hinausziehen, oder wenn der Nuntiant gar nicht klagte und 3 Monate ſeit der Nuntiation abgelaufen ſind, ſo kann nun der Nuntiat[16] auf ſeine Gefahr vorläufig wieder fortfahren, nur muß er Kaution ſtellen, daß er, wenn er den Proceß verlieren werde, Alles wieder in den vorigen Stand herſtellen wolle.

IV. Bei uns iſt es häufig, daß der durch eine ſolche Änderung in ſeinen Rechten Bedrohte ſtatt der Nuntiation ſich ſofort an das Gericht wendet und dieſes um ein inhibitorium gegen den Gegner angeht[17], welches ihm zu gewähren iſt, wenn er ſein Recht gegen die Änderung nur beſcheinigen, d. h. vorläufig bloß wahrſcheinlich machen kann. Iſt dann das inhibitorium erlaſſen, ſo treten im Übrigen

[13] Über dieſe Beſtimmungen aber iſt ſehr viel Streit (vgl. Arndts § 330 Anm. 3. 5., der jedoch, ſo fern er den Sinn des römiſchen Rechts betrifft, unpraktiſch iſt, da über das Zweifelhafte das kanoniſche Recht, nämlich X. de novi oper. nunt. 5, 32 cap. 4 (zum Theil aus Mißverſtändnis des römiſchen Rechts) Entſcheidung giebt.

[14] D. h. t. 39, 1 l. 1 § 6.

[15] S. oben § 145 u. unten § 160.

[16] Nach cap. 4 cit.

[17] Dies kam auch ſchon im römiſchen Recht vor, l. 16, 19. D. h. t.

die angeführten Wirkungen ein, welche eine nuntiatio gehabt haben würde[18].

V. Wenn Jemand auf einem Grundstück, das ein Anderer besitzt, wenn also der Nichtbesitzer des Grundstücks Änderungen irgend einer Art am Grundstück vornehmen will, so kann der Besitzer des Grundstücks auch von der novi operis nuntiatio oder der (unter Nr. IV angeführten provisorischen) Inhibition Gebrauch machen, wenn die Änderungen in Bauten oder Niederreißen von Bauten, bestehen, z. B. Jemand in dem Garten, den ich besitze, eine Mauer errichten oder einreißen will[19]. Aber es wäre dies hier in der Regel unklug, theils weil er dadurch die possessorischen Rechtsmittel verlieren würde[20], theils weil ihm einfachere Mittel zu Gebote stehen. Denn der Grundstückbesitzer kann bei Änderungen jeder Art (also nicht bloß Bauten oder Einreißen von Bauten), die ein Dritter eigenmächtig auf dem Grundstück macht, sich durch ein anderes Rechtsmittel helfen[21], oder auch als Besitzer des Grundstücks sich gegen den Eingriff durch das interdictum uti possidetis[22] schützen.

Liegt ihm aber daran, die Änderung rasch zu beseitigen, so kann er als Besitzer des Grundstücks gegen den Nichtbesitzer, der durch eine eigenmächtige Änderung irgend einer Art in seinen Besitz eingreifen will, sich durch Selbsthilfe in seinem Besitz schützen. Er darf den Eindringling mit dessen Leuten (aus dem Grundstück) hinauswerfen und Alles, was dieser machte, einreißen u. s. w.[23].

B. Die novi operis nuntiatio (und das provisorische Inhibitorium, Lit. A.) bezieht sich nur auf den Fall, wenn und so weit der Gegner im Begriff ist, Änderungen zu machen. Sie schützt aber nicht gegen Das, was schon vor der nuntiatio geschehen war[24]. Auch ist sie nur gegen Bauten und Einreißen von Gebäuden zulässig und auch bei diesen nicht in allen Fällen[25]. Auch hat sie den Nachtheil,

---

[18] Vgl. Arndts § 330 Anm. 8.
[19] D. h. t. 39, 1 l. 5 § 8.
[20] Oben bei Anm. 15.
[21] S. unten Lit. B.
[22] Vgl. oben § 128 Beil. Lit. A.
[23] Dies nennen Manche eine nuntiatio realis. — D. h. t. 39, 1 l. 5 § 10; ad leg. Aquil. 9, 2 l. 29 § 1; Cod. ut nemini liceat 2, 17 cst. 1.
[24] Vgl. D. h. t. de novi op. nunt. 39, 1 l. 1 § 1.
[25] Nicht für den Miteigenthümer gegen den condominus, nicht für den Nutznießer gegen den Eigenthümer (Arndts § 330 Note i, m); ferner: nicht, wenn man dadurch in einer intermittirenden Servitut beeinträchtigt wird (s. oben Lit. A 1 a. E.).

daß man durch sie das Recht zu possessorischen Rechtsmitteln verliert[26].

Wie ist es nun aber, wenn Jemand eine Änderung am Grund und Boden irgend einer Art durch Bauen, Einreißen, Grabenziehen, Errichtung von Dämmen, Änderung des Wasserlaufs u. dergl. bereits gemacht hat, wodurch ein Anderer in seinem Besitz beeinträchtigt wird? oder wenn er Etwas dieser Art vorzunehmen im Begriff ist, der Andere aber novum opus nicht nuntiiren will oder nach dem Angeführten nicht darf?

Natürlich kann der Beeinträchtigte in solchen Fällen gegen ihn klagen, nach Umständen possessorisch[27], oder petitorisch (mit der actio negatoria[28], oder wenn er in einem ius in re beeinträchtigt wird mit der confessoria[29]; auch nach Umständen mit der persönlichen actio aquae pluviae arcendae[30]), wenn er die dazu nöthigen Beweise führen kann und dann muß der Ändernde auf seine Kosten Alles in den alten Stand setzen. Allein dies kann zu Weiterungen führen und man hat daher hier für manche Fälle ein einfacheres provisorisches Rechtsmittel, das interdictum quod vi aut clam. Hier ist aber zu unterscheiden:

1) Änderungen, welche Jemand an einem fremden Grundstück machte. Hier verlangt unser positives Recht sehr mit Recht, daß Wer an einem fremden (im Besitz eines Andern befindlichen) Grundstück Änderungen machen will unter Umständen, unter denen er vom Besitzer[31] Widerstand und Widerspruch zu erwarten oder schon erfahren hat, vor Allem sich mit diesem gütlich auseinandersetze oder die Sache zum Proceß bringe, also klage, aber nicht eigenmächtig (in fremden Besitz eingreife oder) die Änderung vornehme. Wenn ihm daher vom Besitzer des Grundstücks bei seinem Vorhaben irgend widersprochen wurde (prohibitio), er aber trotzdem die Änderung ausführt, in welchem Falle hier seine Handlung für ein vi factum gilt, oder wenn er einen solchen Widerspruch besorgt und deßhalb die Änderung heimlich vornimmt (clam facit): so kann der Besitzer des

---

[26] Vgl. oben bei Anm. 15.
[27] Vgl. oben § 128 Beil. Lit A Nr. 1.
[28] S. oben § 145.
[29] S. unten § 160.
[30] S. oben § 119 bei Anm. 29.
[31] Respektive vom Eigenthümer oder Dem, der das Grundstück vermöge einer ius in re, z. B. Nießbrauchs oder eines persönlichen Rechts, z. B. als Pachter detinirt.

Grundstücks ohne Weiteres mit einem interdictum quod vi aut clam (lediglich wegen der Eigenmacht oder Heimlichkeit) innerhalb eines Jahres (annus utilis) von vollzogener Änderung an verlangen, daß der Ändernde sofort auf seine Kosten Alles in den vorigen Stand herstelle und den Schaden ersetze, ohne Rücksicht darauf, ob ein Recht zur Änderung bestand oder nicht[32]. Erst wenn der Beklagte Alles wiederhergestellt hat, mag er wegen seines Rechts zur Änderung petitorisch als Kläger gegen den Grundstücksbesitzer auftreten[33], und wenn er dann sein Recht zur Änderung nachweisen, z. B. beweisen kann, daß ihm vermöge einer Servitut ein Recht am Grundstück zustehe, er also in diesem Proceß siegt, so mag er nun von Neuem anfangen und die Änderung vornehmen[34].

Übrigens hat gegen einen solchen Nichtbesitzer, welcher auf diese Weise (vi aut clam) Änderungen am Grundstück vornahm, das Interdikt nicht bloß der Besitzer des Grundstücks, sondern auch der Nießbraucher, der Emphyteuta, Superficiar, Pachter, wenn sie durch die Änderung Nachtheil erlitten[35]; ferner ein Miteigenthümer (als Mitbesitzer), wenn sein Miteigenthümer am gemeinschaftlichen Grundstück vi aut clam Änderungen machte[36].

Auch kann der Besitzer des Grundstücks in solchem Fall durch Selbsthilfe seinen Besitz schützen und das vom Nichtbesitzer vi aut clam Gemachte beseitigen[37], außer wenn die Änderung bloß in den Luftraum des Besitzers eingreift[38].

2) Änderungen, die der Besitzer eines Grundstücks[39] an oder auf demselben gemacht hat, durch die aber ein Anderer (Nichtbesitzer des Grundstücks) in seinem Rechte sich beeinträchtigt hält, z. B. in seinem Nachbarrechte oder in einer ihm an der Sache zustehenden Servitut, und deßhalb Einsprache erhoben, der Grundbesitzer aber doch geändert hat (vi factum), oder die Änderung heimlich machte, weil er

---

[32] Der Kläger hat nur seinen Besitz (oder Mitbesitz) und das vi aut clam factum zu beweisen. Vgl. Stölzel l. c. S. 454 f., 473. Zimmermann im Archiv f. civ. Praxis Bd. LII S. 464 f.

[33] Z. B. mit der actio confessoria, vgl. oben vor Anm. 5.

[34] Arndts § 329 Note a—c, f—h und Anm. 2.

[35] D. quod vi aut clam 43, 24 l. 11 § 14 l. 12 l. 16 § 1.

[36] D. h. t. 43, 24 l. 1 § 1—9 l. 3 § 7 u. 8 l. 4 l. 7 § 5, 9, 10 l. 11 § 4 § 7—12 § 14 l. 12 l. 13 pr. u. § 3 l. 15 § 1 l. 16 pr. l. 20.

[37] D. de oper. nov. nunt. 39, 1 l. 5 § 10.

[38] Stölzel l. c. S. 425 f.

[39] Auch der Emphyteuta, Superficiar ꝛc.

Einſpruch fürchtete. Hier hat der Andere gegen einen ſolchen Beſitzer des Grundſtücks nach der wohl richtigen Meinung, die freilich von Vielen[40] beſtritten iſt, nicht das interdictum quod vi aut clam[41], außer in folgenden Fällen:

a. wenn der Kläger bei Anſtellung des Interdikts ſofort ſein ius prohibendi beweiſt;

b. wenn er ſelbſt in einem Beſitze durch die Handlung des Grundſtücksbeſitzers geſtört wurde; z. B. wenn ich den Nießbrauch an einem Grundſtück ausübe, alſo in der quasi possessio des ususfructus bin, der Eigenthümer aber Änderungen macht, die mich beeinträchtigen[42];

c. wenn er zwar bloß ein perſönliches, aber mit Detention der Sache verbundenes Benutzungsrecht des Grundſtücks hat, z. B. als Pachter, und der possessor des Grundſtücks durch Änderungen an demſelben jenes Benutzungsrecht beeinträchtigt[43].

Fünftes Kapitel. Verluſt des Eigenthums.

§ 147.

(Arndts § 174.)

Das Eigenthum einer Sache kann man verlieren:

I. durch alle die Wege, durch die ein Anderer das Eigenthum der Sache erwerben kann[1]; denn wenn Jemand das Eigenthum einer fremden Sache erworben hat, ſo muß es der bisherige Eigenthümer dadurch verlieren[2].

II. Es giebt aber auch Fälle, in denen das Eigenthum an einer Sache lediglich erliſcht, ohne daß Jemand Eigenthümer desſelben wird. Dies geſchieht

---

[40] Auch Arndts § 329 Anm. 3 und von Bangerow Pand. III (7. Ausg.) S. 546 ff.

[41] Sondern nur die unter A. angeführten Rechtsmittel.

[42] D. quod vi aut clam 43, 24 l. 13 pr.; si servit. vind. 8, 5 l. 6 § 1.

[43] D. quod vi aut clam 43, 24 l. 12. Vgl. Francke in der bei Arndts § 329 Anm. 3 angeführten Abhandlung und beſonders Stölzel l. c. S. 415 f., 429 f., 498 f. Note.

[1] S. oben § 131 — § 139. [2] Vgl. oben § 121 bei Anm. 1.

1) durch den Untergang der Sache[3];

2) bei wilden Thieren dadurch, daß ſie aus der Gewalt des Eigenthümers wieder in ihre natürliche Freiheit kommen; bei gezähmten dadurch, daß ſie auf Nichtwiederkommen ſich entfernen[4];

3) dadurch, daß der Eigenthümer ſein Eigenthum an der Sache lediglich aufgiebt, ohne es an einen Anderen zu übertragen (derelictio). Hiezu wird aber erfordert, daß er veräußerungsfähig iſt, und ſich von der Sache trennt in der Abſicht, das Eigenthum an ihr aufzugeben[5].

---

[3] S. oben § 91 (Th. I S. 472).

[4] S. oben § 134 Lit. B, vgl. § 127 nach Anm. 12.

[5] I. de rer. divis. 2, 1 § 47, 48. Vgl. oben § 69 Beil. III Nr. I 1 b (Th. I S. 336).

Zweiter Abſchnitt.

Die dinglichen Rechte an fremden Sachen, iura in re im engern Sinn.

Erſtes Kapitel. Von den iura in re aliena überhaupt.

§ 148.

Die iura in re im engern Sinn oder ſog. iura in re aliena ſind dingliche Rechte an einer dem Berechtigten nicht gehörigen Sache, vermöge deren er eine unmittelbare Herrſchaft über die Sache, aber nur in gewiſſen Beziehungen, auszuüben befugt iſt[1].

Unſer gemeines Recht legt folgenden Rechten an fremden Sachen Dinglichkeit bei:

1) den Servituten. Dieſe ſind das einzige ius in re, welches ſchon im älteren römiſchen Civilrechte als ſolches anerkannt war;

2) dem Emphyteutrecht, das als ius in re erſt in den Kaiſerzeiten anerkannt und durch kaiſerliche Konſtitutionen, alſo durch das ſpätere Civilrecht ausgebildet wurde;

3) dem Superficiarrecht, welches durch das prätoriſche Edikt Dinglichkeit erhielt;

4) den Lehen- und Erbzinsgutrechten. Dieſe ſind, wie auch das dingliche Abbaurecht von Foſſilien, deutſchrechtlichen Urſprungs;

5) dem Pfandrecht an einer Sache. Die Dinglichkeit desſelben wurde durch das prätoriſche Edikt allmählich anerkannt,

---

[1] S. oben § 36 Nr. VI (Th. I S. 183 f.) und § 59 Nr. II (Th. I S. 257 f.). — Der wahre Ausdruck für das dingliche Recht in re aliena iſt servitus (rei). Dieſen Ausdruck hat daher das römiſche ältere Civilrecht für diejenigen iura in re aliena, die es allein kannte. Für die ſpäteren mußten dann freilich andere Ausdrücke gewählt werden; aber gerade in dieſem Sinn wird in D. de legatis I (30) l. 86 § 4 das Superficiarrecht servitus genannt.

6) den deutschen Reallasten, z. B. dem Zehntrecht. Diese sind deutschrechtlichen Ursprungs[2].

Die Rechte unter 1.—4. bezeichnen Manche auch durch dingliche Nutzungsrechte, im Gegensatz zum Pfandrecht, vermöge dessen man über die fremde Sache selbst durch Veräußerung verfügen kann[3].

Über die iura in re überhaupt gilt folgendes Gemeinsame.

I. Sie haben ganz die Natur der dinglichen Rechte überhaupt[4].

Durch diese Natur unterscheiden sie sich wesentlich von solchen Befugnissen, die ihnen dem Inhalt nach ganz ähnlich sind, aber bloß als persönliche Rechte, als Obligation, bestehen können, also den beschränkten Charakter der iura in personam haben; z. B. pachte ich ein Grundstück, so bekomme ich ganz ähnliche Befugnisse in Beziehung auf Genuß und Benutzung des Grundstücks wie Derjenige, welchem das dingliche Nießbrauchsrecht an dem Grundstück eingeräumt wurde. Allein der Nießbrauch giebt ein dingliches Recht an der Sache selbst, das man gegen Dritte, wem auch später das Grundstück gehören mag, geltend machen und verfolgen kann[5]. Der Pacht aber giebt uns bloß ein persönliches Recht gegen Den, mit dem wir den Pachtvertrag schlossen und gegen dessen Universalnachfolger dahin, daß sie uns die Sache gebrauchen und nutzen lassen, nicht aber ein Recht an der Sache selbst; wir können daher das Pachtrecht nicht gegen den Singularnachfolger des Verpachters und nicht gegen Den geltend machen, der später ein mit unserem Pachtrecht kollidirendes ius in re, z. B. den Nießbrauch an der Sache erwirbt[6]. Ferner: ich kann mir vom Eigenthümer eines Grundstücks das Recht, über sein Grundstück zu fahren und zu gehen als persönliches Recht einräumen lassen; aber dann kann ich diese Obligation bloß gegen ihn und seine Erben geltend machen, nicht gegen Den, der etwa später die Sache titulo singulari erwirbt. Wenn ich mir aber jenes Recht als dingliches Recht an

---

[2] S. die Beil. Lit. D, vgl. Lit. C.

[3] Hier (im Sachenrecht) sind bloß die Rechte unter Nr. 1. 2. 3 zu entwickeln. Denn über die unter 4 u. 6 gehört das Nähere ins Germanicum. Das Pfandrecht aber (Nr. 5) wird wegen seines engen Zusammenhangs mit den Obligationen und seiner dadurch bestimmten eigenthümlichen Natur besser am Schluß des Obligationenrechts entwickelt.

[4] S. oben § 36 Nr. I, II, V, VI (Th. I S. 176 f.).

[5] D. si ususfr. pet. 7, 6 l. 5 § 1.

[6] D. locati 19, 2 l. 32. Vgl. oben § 36 Nr. III (Th. I S. 179 f.).

seinem Grundstück bestellen lasse als servitus viae, so habe ich nun ein die Sache selbst afficirendes, eine unmittelbare Herrschaft über sie in einer gewissen Richtung gewährendes Recht, das ich auch gegen jeden künftigen Eigenthümer geltend machen kann.

II. Es sind nämlich die iura in re Rechte, die in einer unmittelbaren Herrschaft über die Sache selbst bestehen; nur geht bei ihnen die Herrschaft nicht auf Unterwerfung der Sache überhaupt, sondern bloß in gewissen Beziehungen und Richtungen. Sie sind daher eine Last, die unmittelbar auf der Sache liegt, ein onus rei, wodurch das Eigenthum der Sache, also die Herrschaft des Eigenthümers, objektiv beschränkt und gemindert wird, so lange das ius in re besteht[7].

III. Aus dieser Natur der iura in re ergiebt sich für sie der wichtige Grundsatz, daß sie nicht auf ein facere einer Person gehen können, d. h. nicht eine Person so belasten können, daß diese Etwas thun müßte[8].

Gewöhnlich bezieht man diesen Satz bloß auf Servituten und streitet sehr darüber, wie er bei diesen aufgekommen und zu erklären sei. Allein er hat eine viel allgemeinere Beziehung, indem er für die iura in re überhaupt gilt, und erklärt sich ganz aus der Natur der Sache. Da nämlich das Wesen eines dinglichen Rechts darin liegt, daß es dem Berechtigten eine unmittelbare Herrschaft über eine Sache giebt[9], so kann ein Recht, das eine solche Herrschaft nicht enthält, sondern bloß ein Recht gegen eine Person auf eine Leistung, auf ein facere verschafft, nicht ein dingliches Recht sein, sondern bloß eine auf die verpflichtete Person und deren Erben beschränkte Obligation. — Es kann daher

1) ein ius in re nur geben entweder

a. die Befugnis, unmittelbar mit der fremden Sache Etwas vorzunehmen, einen positiven Herrschaftsakt über sie auszuüben. Dies sind affirmative oder positive iura in re. Hier besteht die dem Recht entsprechende, auf der Sache ruhende Last in einem pati (in patiendo consistit), d. h. jeder Eigenthümer der Sache muß

---

[7] Näheres hierüber, namentlich auch darüber, daß das Pfandrecht an einer Sache diese Natur hat, s. in der Beil. Lit. A.

[8] Iura in re in faciendo consistere nequeunt.

[9] Vgl. oben § 36 Nr. II (Th. I S. 178).

die unmittelbare Einwirkung des Berechtigten auf die Sache dulden. Diese Natur haben die oben[10] unter 2.—5. angeführten iura in re und auch viele Servituten, wie z. B. Wege-, Weide-, Holzungs-Rechte; ferner die servitus tigni immittendi, proiciendi, oneris ferendi ꝛc.

b. Die Befugnis, ein gewisses Verbietungsrecht unmittelbar über die Sache auszuüben, so daß also Niemand gegen dieses Verbietungsrecht handeln darf. Hier besteht die dem Rechte entsprechende Last in einem non facere (in non faciendo consistit), d. h. jeder Eigenthümer der belasteten Sache muß jedes Zuwiderhandeln gegen dieses Verbietungsrecht unterlassen; er darf (vermöge jenes Verbietungsrechts) gewisse im Eigenthum an sich liegende Befugnisse gegen Den, dem das ius in re zukommt, nicht ausüben. Dies sind negative iura in re. Diesen Charakter haben manche Servituten, z. B. die servitus altius non tollendi, ne prospectui officiatur[11].

2) Dagegen kann ein ius in re nicht zum Inhalt haben, daß Jemand dem Berechtigten etwas Positives leiste. Ein dingliches Recht kann nicht auf ein facere des Eigenthümers der belasteten Sache gehen (ius in re in faciendo consistere nequit); denn die Befugnis, von einer Person eine positive Leistung zu verlangen, giebt uns nicht eine unmittelbare Herrschaft über die Sache. Es fehlt hier also ganz am Wesen eines dinglichen Rechts, und so kann hier bloß von einer Obligation die Rede sein. Wenn ich z. B. gegen das Grundstück des N. ein Fahrwegrecht als dingliches Recht erworben habe, so habe ich nun ein unmittelbares Herrschaftrecht über sein Grundstück. Dieses Recht kann ich als ein dingliches gegen jeden Inhaber des Grundstücks geltend machen; auch ist natürlich mit ihm die Befugnis verbunden, durch sein Grundstück einen Fahrweg einzurichten, wenn noch keiner besteht und den bestehenden Fahrweg in gutem Zustand zu erhalten. Wenn nun aber N. mir zugleich zugesagt hat, er übernehme für sich und seine Nachfolger im Grundstück die Verpflichtung, den Weg zu machen und stets in Stand zu erhalten: so ist dies nicht mehr ein Theil meines ius in re (meiner Servitut), sondern lediglich eine Obligation zu einem facere, die er gegen mich kontrahirte und die ich bloß gegen ihn und seine Erben geltend machen

---

[10] Vor Anm. 2. [11] S. die Beil. Lit. B.

kann, nicht aber gegen Diejenigen, welche ſpäter titulo singulari das Grundſtück erwerben [12].

IV. Von dem Grundſatz unter III 2 macht das römiſche Recht nur eine einzige ſehr beſchränkte Ausnahme bei einer Servitut, bei der servitus oneris ferendi, die ſich aber auf ein unabweisliches Bedürfnis ſtützt [13]. Dagegen macht das deutſche Recht eine ſehr große Ausnahme durch ſeine ſog. Reallaſten, die eine beſondere anomale Klaſſe von iura in re (nach deutſchem Recht) bilden [14].

V. Ein ius in re kann an einer Sache einräumen der Eigenthümer der Sache [15]; denn in einer ſolchen Einräumung liegt eine Veräußerung; ſie bewirkt eine Belaſtung und Beſchränkung des Eigenthums der Sache ſelbſt [16]. Dazu iſt aber nur berechtigt, wer die rechtliche Herrſchaft über die Sache überhaupt hat (alſo der Eigenthümer oder ſein Vertreter).

VI. Ein einmal gehörig erworbenes ius in re ruht als Laſt auf der Sache und iſt von da an vom Schickſal des Eigenthums ganz unabhängig, d. h. es bleibt beſtehen, wenn auch ſpäter das Eigenthum der Sache wechſelt.

VII. An der eigenen Sache kann man ein ius in re nicht haben; denn man kann nicht gegen ſich ſelbſt Rechte haben [17].

Es kann daher der Eigenthümer nicht gegen ſich ſelbſt ſich in der Herrſchaft über ſeine Sache beſchränken; diejenigen Herrſcherrechte aber, die man durch ein ius in re erlangen könnte, kann er ſchon vermöge ſeines Eigenthums über die Sache ausüben [18]. Aus dieſem Grund atze folgt:

a. Habe ich eine Servitut an einer Sache und erwerbe ſpäter das Eigenthum, ſo erliſcht die Servitut durch confusio. Ver-

---

[12] S. die Beil. Lit. B Abſ. 2 und (Lit. B) Nr. 1 Lit. a, b. D. de servitut. 8, 1 l. 15 § 1; de contrah. emt. 18, 1 l. 81 § 1; de ann. legat. 33, 1 l. 12.

[13] S. die Beil. Lit. B Nr. 1 b.

[14] S. die Beil. Lit. D.

[15] Aber nicht ein Beſitzer der Sache, der nicht Eigenthümer iſt.

[16] Sie enthält alſo eine Veräußerung gewiſſer im Eigenthum enthaltenen Befugniſſe. Vgl. oben § 69 (Th. I S. 325).

[17] Vgl. oben § 35 Anm. 4 (Th. I S. 173).

[18] D. de servit. praed. urb. 8, 2 l. 26. Vgl. oben § 96 (Th. I S. 488). — Es kann daher das Freiwerden der Sache von einem auf ihr ruhenden ius in re nicht ein beſonderes ius in re (gegen die Sache) bilden; ſondern es iſt dann eben die Sache von dem erloſchenen ius in re frei; das Eigenthum nicht mehr ein beſchränktes.

äußere ich daher später wieder die Sache, so bleibt meine einmal erloschene Servitut erloschen.

b. An einer Sache, die ich mit Anderen im Miteigenthum habe, kann ich auch keine Servitut haben[19].

Beilage.

Natur der iura in re (aliena) überhaupt.

Außer dem wichtigsten dinglichen Rechte, dem Eigenthum, giebt es noch andere dingliche Rechte, welche Jemandem an einer im Eigenthum eines Dritten befindlichen Sache zustehen können, iura in re aliena, von den Römern gewöhnlich »iura in re« schlechtweg genannt im Gegensatze zum rei dominium, zum Haben der res selbst (s. oben § 59 Nr. II Th. I S. 258). Diese iura in re können nur auf Unterwerfung der Sache in gewissen Beziehungen gehen, weil sie an einer fremden Sache stattfinden, also neben ihnen das Eigenthum des Dritten an der Sache besteht; aber sie haben (mit Ausnahme der deutschen Reallasten, s. unten D) durchaus die Natur des dinglichen Rechts überhaupt: sie sind Rechte, welche unmittelbar an eine Sache gehen; vermöge derselben ist dem rechtlichen Willen des Berechtigten eine Sache in gewissen Beziehungen unmittelbar unterworfen, ihm über die Sache eine gewisse Gewalt und unmittelbare Herrschaft, die an sich dem Eigenthümer zusteht, also an sich Inhalt des Eigenthums ist, eingeräumt; sie gehen nicht auf eine Leistung einer Person, bedürfen überhaupt zu ihrem Bestande und zu ihrer Ausübung nicht etwa der Thätigkeit einer verpflichteten Person und bestehen ganz unabhängig von einer solchen. Eine natürliche Folge dieses unmittelbaren Unterworfenseins der Sache ist die absolute Natur des Rechts, d. h. daß in der Regel jeder Dritte das Verhältnis des Berechtigten zu der Sache anzuerkennen und zu achten hat, und man es daher in der Regel gegen Jeden, der uns in der Ausübung desselben stört oder es uns bestreitet und verkümmern will, geltend machen kann.

Die Frage über den möglichen Inhalt dieser iura in re beantwortet sich einfach, wenn man nur die eben bezeichnete Natur derselben im Auge behält. Aus dieser ergiebt sich Folgendes:

A. Da die iura in re dingliche Rechte sind, aber auf eine unmittelbare, jedoch nur partielle Unterwerfung der Sache gehen: so müssen sie solche Befugnisse zum Inhalt haben, welche in einer Herrschaft über die Sache bestehen, also unmittelbar gegen eine Sache ausgeübt werden können und durch welche das Eigenthum an der Sache beschränkt und in so fern gemindert wird. — Manche fassen dies so auf: die iura in re seien einzelne Befugnisse, die aus dem Eigenthum einer Sache abgelöst und auf einen Dritten übertragen werden. Dies enthält aber einen unrichtigen Gedanken (s. unten) und nicht mit Unrecht erklären sich deßhab Manche dagegen, namentlich auch v. Vangerow I § 338 Anm. 1 (S. 683 f. der 7. Ausgabe, in specieller Beziehung auf Servituten). Dagegen geht wohl Vangerow mit Anderen von einer anderen Seite zu weit, wenn er namentlich von manchen Servituten und von dem Pfandrecht verneint, daß durch sie das Eigenthum eine Minderung erleide. Bei dieser Frage, welche mit Unrecht gewöhnlich bloß bei den Servituten erörtert wird, entscheiden folgende Grundsätze: Soll eine Sache meiner Herrschaft in gewissen Beziehungen, also partiell, aber unmittelbar, durch ein ius in re unterworfen sein, ich also unmittelbar gewisse Herrschaftrechte gegen sie ausüben dürfen: so muß dadurch Derjenige, in dessen Eigenthum die Sache ist, dem sie also ihrer Totalität nach unterworfen ist, in

[19] D. l. 26 cit. — Vgl. unten § 151 Lit. A I 3.

seiner rechtlichen Herrschaft über sie beschränkt werden, weil neben einer unbeschränkten rechtlichen Herrschaft über die Sache nicht auch noch die partielle Herrschaft eines Andern möglich wäre. Durch das ius in re werden also dem Eigenthümer gewisse in seinem Eigenthumsrechte an sich liegende Befugnisse an der Sache, gewisse Herrscherrechte dem dinglich Berechtigten gegenüber entzogen, so lange das ius in re besteht; das Eigenthum wird dadurch ein unvollkommenes, somit in so fern ein gemindertes, indem das Eigenthum durch das ius in re (wie eine Spiralfeder durch ein auf ihr liegendes Gewicht) in der Ausdehnung seiner Befugnisse, so lange die Last auf ihm liegt, gleichsam zurückgedrängt und dadurch der Umfang der Herrschaft des Eigenthümers wirklich gemindert wird, diese Herrschaft sich aber wieder in ihren unbeschränkten Umfang ausdehnt, sobald jener Druck, das ius in re wegfällt. — Nur kann man nicht sagen, daß die Befugnis, welche dem Eigenthum durch das ius in re gegenüber dem dinglich Berechtigten entzogen wird, stets diejenige sei, welche den Inhalt des ius in re bildet; dies ist nur in manchen Fällen, aber keineswegs immer der Fall; vgl. auch v. Scheurl in Savigny's Zeitschrift Bd. XII S. 237 f., Arndts in der Gießener Zeitschrift N. F. Bd. III S. 250 f. Man muß nämlich folgende Fälle unterscheiden:

1, Es kann der Fall sein, daß eine dem Eigenthum entzogene Befugnis geradezu den Inhalt des ius in re bildet. Dies ist z. B. der Fall bei der servitus ususfructus und usus, und noch ausgedehnter bei dem Emphyteutrecht (vgl. Arndts a. a. O. S. 658 f.), dem Superficiarrecht und den deutschrechtlichen Ritter- und Bauernlehen. Es geht z. B. beim Nießbrauche das Recht, die Sache zu brauchen und zu nützen, auf den Nießbraucher für die Dauer seines Rechts geradezu über und zwar als ein dingliches unmittelbar gegen die Sache gehendes Herrschaftsrecht; es wird dadurch der Umfang der Herrschaft des Eigenthümers gemindert; sein Eigenthum ist in einem solchen Falle ein dominium »detracto usufructu«, eine proprietas »nuda«, nicht mehr plena; D. 7, 1 de usufr. l. 36 § 1, l. 46 pr., l. 72; 6, 1 de R. V. l. 35 pr.

2) Es kann der Fall sein, daß, um ein ius in re zu begründen, eine Befugnis dem Eigenthum im Verhältnis zum dinglich Berechtigten entzogen wird, aber nicht gerade diese Befugnis den Inhalt des ius in re bildet, sondern der Inhalt des ius in re in dem Entziehen dieser Befugnis liegt, wodurch folgeweise ebenfalls eine unmittelbare partielle Herrschaft über die Sache ausgeübt wird, die sich darin äußert, daß der Inhaber des ius in re durch ein Verbot eine Gewalt über die Sache üben kann, wie sie an sich nur ein Eigenthümer zu üben das Recht hat. Dies ist der Fall bei den negativen Servituten; z. B. zu den im Eigenthum liegenden Befugnissen gehört unter anderen auch, daß ich auf meinen Grund und Boden nach Belieben bauen und pflanzen, also auch höher bauen kann, als ich dermalen gebaut habe, oder meinem Nachbar durch Bauten und Pflanzungen die Aussicht entziehen darf; erwirbt aber ein Nachbar gegen mein Grundstück eine servitus altius non tollendi oder ne prospectui officiatur: so ist nun in Folge seines ius in re die Befugnis höher zu bauen oder ihm die Aussicht durch Bauten und Pflanzungen zu mindern, mit dem Eigenthum des Grundstücks, so lange das ius in re besteht, dem dadurch Berechtigten gegenüber nicht mehr verbunden und deßhalb steht sie auch nicht einem späteren Eigenthümer des Grundstücks gegen den Servitutberechtigten zu; aber natürlich, diese Befugnis geht nicht auf den Servitutberechtigten über, sie bildet nicht den Inhalt des ius in re, sondern der Inhalt des ius in re, der unmittelbaren partiellen Herrschaft, welche der Berechtigte vermöge seines ius in re über mein Grundstück übt, besteht bloß darin, gewisse Änderungen an dem Grundstücke zu verhindern, so daß gleichsam das Grundstück selbst, und daher auch jeder Dritte, somit auch jeder Eigenthümer sich dieser Herrschaft in so weit fügen muß.

3) Es kann endlich der Fall sein, daß, um ein ius in re zu begründen, eine Befugnis dem Eigenthum der Sache entzogen wird, aber nicht diese Befugnis, auch nicht lediglich und zunächst das Entziehen dieser Befugnis

den Inhalt des ius in re bildet, sondern dieser Inhalt durch eine andere im Eigenthum liegende Befugnis, die aber dabei bis auf einen gewissen Grad auch mit dem Eigenthum noch verbunden bleibt, gebildet und dadurch folgeweise jene erstere Befugnis dem Eigenthum entzogen und dasselbe dadurch gemindert wird. Dies ist der Charakter vieler sog. affirmativen Servituten, z. B. der servitus actus, viae, itineris, pascendi, aquaehaustus u. dergl., ferner der Charakter des Pfandrechts. Auch durch diese iura in re wird das Eigenthum unmittelbar beschränkt und in so fern die mit ihm verbundene Herrschaft über die Sache gemindert. Im Eigenthum nämlich liegt unter Anderem die Befugnis, jeden Dritten von der Einwirkung auf die Sache, die uns gehört, auszuschließen; wird nun Jemandem durch ein ius in re eine unmittelbare Herrschaft über die Sache dahin eingeräumt, daß er eine solche Verfügung oder Benutzung mit der Sache unmittelbar soll vornehmen dürfen, durch deren Natur die Konkurrenz des Eigenthümers in der gleichen Verfügung und Benutzung nicht unbedingt ausgeschlossen wird (wodurch sich dieser Fall von den Fällen unter Nr. 1 wesentlich unterscheidet): so liegt die Beschränkung und Minderung des Eigenthums nicht darin, daß der Eigenthümer das Recht zu jener Benutzung oder jener Verfügung verliert (denn dieses, z. B. die Mitbenutzung des Wegs bei der servitus viae und der Weide bei der servitus pascendi, behält er, so weit nicht dadurch die Servitut beeinträchtigt wird), sondern darin, daß die im Eigenthum an sich liegende Befugnis, jeden Dritten von der Sache auszuschließen und demselben jede Verfügung über die Sache zu untersagen, in gewissen Beziehungen dem Servitutberechtigten gegenüber verloren geht, so lange das ius in re besteht.

Was in diesen Hinsichten v. Vangerow I § 338 S. 688—691 in specieller Beziehung auf Servituten ausführt, geht wohl in doppelter Hinsicht zu weit. Er giebt bei den servitutes urbanae zu, daß durch sie wirklich das Eigenthum gemindert werde; allein er nimmt dies hier zu schroff, indem er glaubt, bei einer solchen Servitut werde eine Eigenthumsbefugnis aus dem Komplexe der Eigenthumsrechte so total ausgeschieden und „von dem Eigenthumsrechte wirklich", d. h. „dem Rechte nach abgelöst", daß, um sie wieder damit zu vereinigen, stets ein ganz neuer besonderer Erwerbungsakt des verlorenen Rechts und zwar in Gestalt einer neuen Servitut (gegen das Grundstück, dem die servitus urbana zukam) erforderlich sei. Allein in dieser Hinsicht haben die servitutes urbanae keine wesentlich andere Natur, als andere Servituten und überhaupt andere iura in re; die Minderung des Eigenthums ist auch bei ihnen bloß eine lediglich durch den Bestand der Servitut bedingte und nur dem Servitutberechtigten gegenüber bestehende und fällt von selbst weg, sobald aus irgend einem Grunde die Servitut erlischt; denn die Annahme, daß das Freiwerden von einer solchen Servitut eine neue Servitut sei, läßt sich nicht rechtfertigen (s. unten § 158 Beil. II a. E.), und der Umstand, daß zum Freiwerden von einer servitus urbana durch Verjährung etwas mehr nöthig ist, als zur erlöschenden Verjährung einer servitus rustica, beweist in der That für unsere Frage Nichts; was aber das Argument aus l. 5 § 9 D. 39, 1 de O. N. N. betrifft: so ist darüber zu vergleichen Arndts a. a. O. S. 255. Von der anderen Seite zu weit gegangen aber ist es, wenn Vangerow annimmt, daß es iura in re gebe, durch welche das Eigenthum in Wahrheit nicht gemindert werde, und behauptet, durch die oben Nr. 3 bezeichneten dinglichen Rechte werde das Eigenthum bloß beschränkt, aber nicht gemindert. Mit dieser Behauptung steht schon nicht im Einklange, was Vangerow § 297 i. A. der Anm. selbst sagt; denn dort bemerkt er: „Von Beschränkungen des Eigenthums kann offenbar nur dann die Rede sein, wenn solche Befugnisse fehlen, welche Ausfluß des Eigenthums sind": er giebt also zu, daß bei jeder dinglichen Beschränkung des Eigenthums Befugnisse „fehlen" müssen, welche Ausfluß des Eigenthums sind; wenn aber im Eigenthum eine solche Befugnis in Folge der Beschränkung fehlt: so ist das Eigenthum doch wohl ein gemindertes, und wollte man dies dennoch

leugnen: so würde das Leugnen bloß auf einen Wortstreit hinaus kommen (noch entschiedener gab Bangerow an einer anderen Stelle in der 6. Ausgabe Bd. I S. 909 zu, was er nach dem Obigen leugnet; allein Dieses änderte er S. 879 der 7. Ausgabe). In der That liegt auch in jeder dinglichen Beschränkung des Eigenthums eine Minderung der an sich im Eigenthum liegenden rechtlichen Herrschaft; sie verliert dadurch objektiv an Umfang und Ausdehnung gleichsam durch einen Druck, der vermöge des ius in re auf ihr liegt; deßhalb wird auch von den Quellen die Bestellung eines ius in re an einer Sache zu den Veräußerungen gezählt, C. 4, 51 de reb. al. est. 7; aber eben weil in solchen Fällen die Minderung nur durch jene Beschränkung, durch jene auf der Sache ruhenden Last besteht, hört sie von selbst auf, sobald die Beschränkung aus irgend einem Grunde wegfällt.

Namentlich hat auch das Pfandrecht die Natur einer solchen Minderung, was aber ganz besonders von Büchel (Über die Natur des Pfandrechts 1833, in seinen Erörterungen 2. Ausgabe S. 120) geleugnet wird und mit ihm von manchen Anderen, namentlich auch von v. Bangerow Pandekten I § 363, welcher in der 6. Ausgabe S. 909, 991 sogar behauptete, daß das Pfandrecht „durchaus keine materiell in dem Umfange des Eigenthums liegende Befugnisse enthält", ferner: „daß die Sache nicht, wie bei anderen dinglichen Rechten, ganz oder zum Theil der rechtlichen Herrschaft des Pfandgläubigers unterworfen sei und daß dem Pfandschuldner alle Eigenthumsrechte an der verpfändeten Sache verbleiben. Zwar hat Bangerow in der 7. Ausgabe S. 797, 798 diese Behauptungen nicht in dieser Weise wiederholt, überhaupt seine frühere Ansicht über die Natur des Pfandrechts wesentlich modificirt: aber auch in ihr sagt er S. 869 doch noch, daß „das Pfandrecht keine materielle Herrschaft über die verpfändete Sache hervorbringt, sondern diese nur in ein Obligationsverhältnis mit dem Pfandgläubiger kommt", und daß „dem Pfandschuldner alle Eigenthumsrechte verbleiben". — Allein der dinglichen Herrschaft, welche dem Pfandgläubiger über die Sache auf eine ihrem Eigenthümer sehr empfindliche Weise zukommt, wird man das Prädikat einer materiellen und die Wirkung einer Minderung der Herrschaft des Eigenthümers doch wohl nicht absprechen können. Vermöge meines Eigenthums kann ich Jeden von der Disposition über meine Sache ausschließen, habe also mir auch nicht gefallen zu lassen, daß ein Dritter mir die Sache wegverkauft, und wenn daher der Pfandschuldner alle Eigenthumsrechte behält: so müßte er auch die Befugnis haben, den Pfandgläubiger an einer solchen Disposition über das Pfand zu hindern. Dieses Recht aber (den Pfandgläubiger von der Disposition über die Sache auszuschließen) gerade ist es, welches der Eigenthümer einer Sache durch deren Verpfändung verliert; vermöge des Pfandrechts muß jeder Eigenthümer der Sache dulden, daß seiner Zeit der Pfandgläubiger ihm die Sache wegnimmt und zum Zwecke seiner Befriedigung veräußert; er verliert also die Befugnis, von der Disposition über seine Sache jeden Dritten auszuschließen, und dadurch wird sein Eigenthum objektiv gemindert, so lange das Pfandrecht besteht, und darin liegt eben die Natur des (dinglichen) Pfandrechts, in dessen Bestellung eben deßhalb auch eine alienatio liegt, cst. 7 de reb. alien. 4, 51. Man darf das Verhältnis nur nicht so auffassen, als ob der Eigenthümer das Veräußerungsrecht der Sache verliere, dieses aus dem Eigenthum abgelöst würde; denn der Eigenthümer behält allerdings in der Regel das Recht, die verpfändete Sache zu veräußern; aber neben diesem Veräußerungsrecht des Eigenthümers hat auch der Pfandgläubiger ein solches Veräußerungsrecht, das er gegen jeden Eigenthümer geltend machen kann; dadurch aber hat der Pfandgläubiger unleugbar eine materielle im Umfange des Eigenthums liegende Befugnis an der Sache; er übt durch die ihm zukommende Veräußerung einen Akt dinglicher Herrschaft über die Sache aus, durch die er sogar dem Eigenthümer sein Eigenthum ganz entziehen kann; dadurch eben ist das Eigenthum des Eigenthümers unmittelbar beschränkt und eine im Eigenthum an sich liegende Befugnis (einen Dritten von der Disposition über die Sache auszuschließen) dem Eigenthümer

entzogen und so hat das Pfandrecht denselben Charakter der materiellen Dinglichkeit, wie die anderen unter Nr. 3 bezeichneten Rechte.

B. Aus der Natur eines dinglichen Rechts (s. oben im Eingang der Beil.) folgt ferner: Ein wahrhaft dingliches Recht kann nicht die Leistung einer Person, ein positives Thun derselben, zum Inhalte haben; denn durch ein Recht von solchem Inhalte würde nicht eine Sache belastet, welche ja nicht leisten kann, also nicht eine unmittelbare Herrschaft über eine Sache begründet, ihm somit der wesentliche Charakter der Dinglichkeit abgehen. Eine partielle unmittelbare Gewalt über eine Sache kann sich bloß darin äußern, daß Derjenige, dem die Gewalt zukommt, zu Handlungen befugt wird, durch welche in einer gewissen Richtung eine unmittelbare Herrschaft über die Sache selbst geübt wird. Es kann daher der Inhalt des ius in re nur darauf gehen, daß man entweder a. mit der Sache, gegen welche das ius in re gerichtet ist, einen gewissen Gebrauch vornehmen oder über sie in gewisser Beziehung positiv verfügen darf, so daß jeder Inhaber der Sache jene unmittelbare positive Einwirkung des Berechtigten auf die Sache dulden muß, einem pati unterworfen wird (sog. affirmative oder positive dingliche Rechte, die unter A, 1 und 3 angeführten Fälle); — oder kann der Inhalt des ius in re b. dahin gehen, daß der Berechtigte Jedem verwehren kann, in einer gewissen Weise auf die Sache einzuwirken und mit ihr zu verfahren, somit die Sache selbst und folgeweise jeder Eigenthümer derselben in dieser Richtung der eine solche Verfügung ausschließenden Gewalt des Berechtigten unterworfen wird, der Eigenthümer folgeweise zum Unterlassen jeder entgegengesetzten Handlung, zu einem »non facere« verbunden ist (sog. negative dingliche Rechte, die Fälle unter A, 2,. Dagegen kann das dingliche Recht nicht zum Inhalte haben ein facere des jeweiligen Eigenthümers der Sache, gegen welche das dingliche Recht geht, d. h. daß Dieser etwas Positives thun soll; denn ein solches Recht würde bloß den Charakter der auf die verpflichtete Person und deren Universalnachfolger beschränkten Obligation an sich tragen, aber in keiner Herrschaft über die Sache bestehen und das Eigenthum an der Sache nicht objektiv beschränken.

Diesen Grundsatz spricht das römische Recht mehrfach aus, z. B. D. 18, 1 de C. E. l. 81 § 1; 33, 1 de ann. leg. l. 12, namentlich auch in besonderer Beziehung auf die Servituten, z. B. D. 8, 1 de servit. l. 15 § 1, und wir drücken ihn hier aus durch: »servitus in faciendo consistere nequit«, d. h. der Inhalt einer Servitut kann nicht dahin gehen, daß der Inhaber der Sache, gegen welche die Servitut gerichtet ist, uns Etwas leiste (das facere wird hier stets, wie auch in den Quellen, bezogen auf Den, welcher leisten soll, und es ist daher nicht zu billigen und kann leicht zu Verwirrungen führen, wenn Stever und nach ihm Bangerow § 339 (S. 701 der 7. Ausgabe) gewisse Servituten, nämlich diejenigen Realservituten, durch welche der Berechtigte zu positiven, intermittirenden Handlungen auf dem verpflichteten Grundstück befugt wird, wie die servitus itineris, viae, aquaehaustus durch »servitutes faciendi« bezeichnet, vgl. unten § 150 Beil.). Dies ist aber nicht, wie Manche glaubten, eine Eigenthümlichkeit der Servituten oder eine der Natur der Sache nicht entsprechende Spitzfindigkeit des römischen Rechts, sondern es ist, wie nun auch die meisten Neueren anerkennen, bloß eine Anwendung Dessen, was in der Natur eines dinglichen Rechts an sich liegt, auf eine einzelne Klasse von dinglichen Rechten, somit ein Grundsatz, der bei allen iura in re gilt. Nur hat derselbe zwei Ausnahmen:

1) Die eine beruht auf einer Bestimmung des römischen Rechts, ist aber eine sehr beschränkte. Aus dem angeführten Grundsatze (daß der Inhalt eines dinglichen Rechts nicht auf eine positive Leistung einer Person gehen kann) folgt nämlich:

a. wenn bei der Bestellung eines dinglichen Rechts noch als Nebenlast eine Verpflichtung des Eigenthümers der dienenden Sache zu gewissen Leistungen (zu einem facere) bedungen wird: so kann diese Verpflichtung nicht zum Inhalt

des bestellten dinglichen Rechts gehören, sie bildet vielmehr eine bloße Obligation des konkreten Eigenthümers, der sie übernahm, welche, wie überhaupt seine Schulden, zwar auf seine Erben übergeht, aber keineswegs auf seine Singularnachfolger, die z. B. durch Veräußerung, Vermächtnis u. dergl. die Sache erwerben. Wenn ich mir daher von meinem Nachbar an seinem Grundstück eine servitus aquaeductus bestellen lasse und er dabei verspricht, daß stets der Eigenthümer des dienenden Grundstücks die Wasserleitung unterhalten müsse: so haftet zwar die servitus aquaeductus als dingliche Last auf der Sache und Jeder, der später die Sache erwirbt, muß sich ihr fügen, weil sie in einer unmittelbaren partiellen Herrschaft über die Sache besteht; die Ausbesserungspflicht aber ist gar kein Bestandtheil der Herrschaft über die Sache, sie ist bloß Inhalt einer Obligation, welche somit bloß gegen den konkreten Eigenthümer, der sich dazu anheischig machte, und seine Universalnachfolger verfolgt werden kann.

b. Ist überhaupt zum Zwecke der Ausübung eines ius in re eine Vorrichtung nöthig: so ist der Inhaber der Sache, gegen welche das ius in re geht, nicht verbunden, diese Vorrichtung herzustellen oder in gutem Stand zu erhalten (wenn er sich nicht dazu persönlich verpflichtete); in dem ius in re liegt nur, daß der dinglich Berechtigte befugt ist, auf seine Kosten die Vorrichtung zu machen und sie im Stande zu erhalten; dies muß der Inhaber der dienenden Sache dulden, denn es ist dies ein Theil der Herrschaft, die der dinglich Berechtigte vermöge seines ius in re unmittelbar über die Sache auszuüben hat; D. 8, 1 de servit. l. 10; 8, 4 comm. praed. l. 11. Von diesem Grundsatz aber gilt in einem besonderen Falle eine Ausnahme. Hat nämlich Jemand für sein Gebäude eine Realservitut dahin erworben, daß es auf dem Gebäude oder der Mauer oder einer Säule des Nachbars ruhen könne, servitus oneris ferendi: so ist der Nachbar, wenn diese Unterlage schadhaft wird, verpflichtet, sie auf seine Kosten in den bei der Bestellung der Servitut festgesetzten Stand wiederherzustellen; D. 8, 2 de S. P. U. l. 33; 8, 5 si serv. vind. l. 6 § 2—7, l. 7 l. 8 pr. § 4, 2. Es kann hier also der Berechtigte vermöge seiner Servitut nicht bloß eine unmittelbare Gewalt gegen die Sache des Nachbars durch das Ruhenlassen seines Gebäudes auf derselben üben, sondern auch von dem jeweiligen Eigenthümer der Unterlage eine positive Leistung, ein facere, ansprechen und zwar in der Weise, wie es ursprünglich bei Bestellung der Servitut bedungen wurde; es macht somit dieser Fall eine Ausnahme von dem Grundsatz: servitus in faciendo consistere nequit. Zwar leugnen Manche Letzteres, d. h. nicht die Pflicht des Eigenthümers der dienenden Sache zur Reparatur, sondern daß diese Pflicht eine Ausnahme von dem eben angeführten Grundsatz sei; aber mit Unrecht. So meint z. B. Puchta Pand. § 184, eine solche Ausnahme liege hier nicht vor, „sondern der Eigenthümer stelle dem herrschenden Grundstück eine taugliche Mauer, und wenn diese untauglich geworden ist, eine reparirte"; — allein, was heißt dies denn anders, als: er ist hier vermöge der Servitut zu einem facere verpflichtet! v. Gerber (in seinen und Iherings Jahrbüchern Bd. II S. 11) will es so erklären: der Inhalt der servitus oneris ferendi sei „keineswegs die Forderung des reparare, sondern lediglich die Gewährung des Aufliegens des Balkens; da nun die Existenz der Mauer eine faktische Voraussetzung dieser Gewährung ist: so liegt in der Nichtwiederherstellung der verfallenen Mauer eine indirekte Negation des Rechts selbst"; das römische Recht dehne daher ganz sachgemäß die actio confessoria auch auf den Fall dieser thatsächlichen Verletzung des Rechts aus. — Allein diese Erklärung beruht auf einer Voraussetzung, die der Natur des ius in re widerspricht; in der Natur einer rechtlichen Herrschaft über eine Sache liegt nicht, daß der Eigenthümer der belasteten Sache dem Berechtigten durch positive Leistungen die faktischen Voraussetzungen der Ausübung dieser Herrschaft herstelle und so diese Ausübung ermögliche (dies kann an sich nur die Funktion einer Obligation sein) und eben deßhalb liegt auch nicht in der Weigerung dieser Herstellung eine Negation des ius in re, sondern nur eine Negation einer Obligation. Andere, wie z. B. v. Bangerow Pandekten I § 342 Anm. 2 meinen, im vor-

liegenden Falle bestehe die Servitut selbst offenbar bloß in einem pati und nur neben diesem dinglichen Rechte sei noch eine gesetzliche Obligation begründet und diese gehe auf Ausbessern. Allein welche Bedeutung soll diese gesetzliche Obligation hier haben? Sie ist ja eine Obligation, die auch jeden künftigen Eigenthümer der dienenden Sache als solchen lediglich in Folge der Servitut und des bei ihrer Bestellung Verabredeten trifft, also eben einen Theil des Inhalts der Servitut bildet; darin liegt eben die Anomalie und so fassen es auch wirklich die römischen Juristen auf. Sie betrachten jene Ausbesserungspflicht als einen Theil des »ius«, d. h. des dinglichen Rechtes selbst, welcher, wie die Servitut überhaupt, mit einer dinglichen Klage geltend gemacht werden könne, s. besonders l. 6 § 2, 3 cit. namentlich in den Worten: »Gallus putat, non posse ita servitutem imponi ut quis facere aliquid cogeretur, sed ne me facere prohiberet; nam in omnibus servitutibus refectio ad eum pertinet, qui sibi servitutem asserit, non ad eum, cuius res servit«; (Gallus erklärte sich also gegen jene Ausbesserungspflicht eben deßhalb, weil eine Servitut nicht auf ein facere gehen könne; aber, fährt die Stelle fort:) »Sed evaluit Servii sententia (also die entgegengesetzte Ansicht) in proposita specie, ut possit quis defendere, ius (d. h. ein dingliches Recht) sibi esse, cogere adversarium reficere parietem ad onera sustinenda; Labeo autem, hanc servitutem (die Pflicht zum Ausbessern) non hominem debere, sed rem« (sie ruht also als Last auf der Sache selbst). — Die Sache selbst erklärt sich wohl einfach durch ein praktisches Bedürfnis sowohl nach der Seite des Eigenthümers als des Servitutberechtigten. Denn wenn der Letztere das Recht hätte, die Unterlage nach seinen Bedürfnissen auszubessern: so könnten dadurch leicht die Interessen des Eigenthümers verletzt werden (in dieser Hinsicht ist nicht unrichtig, was Elwers Servitutenlehre S. 61 f. ausführt); würde aber der Servitutberechtigte verpflichtet, die Unterlage, die in der Regel ja auch dem Eigenthümer zu seinen Zwecken dient, auszubessern: so würde er eigentlich gezwungen, auf seine Kosten dem Eigenthümer der dienenden Sache stets dessen ganze Sache zu erhalten; eine bloße cautio damni infecti aber dem Eigenthümer der Unterlage aufzuerlegen, wie in den Fällen, wenn ein baufälliges Grundstück dem Nachbar Schaden droht (Arndts § 328), fanden die römischen Juristen ungenügend, da die Gefährdung, welcher hier der Servitutberechtigte durch den Einsturz der Unterlage ausgesetzt sein würde, doch zu bedenklich erschien. Deßhalb gingen sie hier einen Schritt weiter; der Servitutberechtigte soll, wenn bei der servitus oneris ferendi durch die Baufälligkeit der Unterlage ihm ein Schaden droht, diese Ausbesserung direkt gleichsam als Inhalt seiner Servitut verlangen können; vgl. auch Mühlenbruch im Archiv für civilistische Praxis Bd. XIV S. 322 ff. (der aber darin zu weit geht, daß er Letzteres für eine reine Anwendung des Nachbarrechts hält und glaubt, die Servitut als solche gehe auch hier nicht auf eine Verpflichtung zum Handeln). — Nach dem älteren römischen Recht ging aber auch in diesem Falle, wie überhaupt, wenn es zum Processe kam, die Verurtheilung und Exekution nicht auf Ausbesserung, sondern bloß auf Ersatz des Interesses, das der Kläger durch seinen Eid (iuramentum in litem) bestimmen konnte (l. 7 cit.); nach dem justinianischen Recht aber und bei uns hat der Richter auf Ausbesserung zu erkennen; wenn jedoch der Beklagte es zur Exekution kommen läßt: so kann er nach gemeinem Recht in einem solchen Falle nicht zur Ausbesserung gezwungen, sondern bloß auf Zahlung des Interesses exequirt (meine Erörterungen Heft II S. 20—27), aber dann angehalten werden, den Kläger die Ausbesserung besorgen zu lassen. Übrigens kann der Eigenthümer der dienenden Sache durch Dereliktion derselben der Ausbesserungspflicht entgehen, eben weil diese Pflicht eine Last der Sache, nicht der Person ist (l. 6 § 2 a. E. cit.), und während der Ausbesserung muß der Servitutberechtigte für das Stützen seiner Sache sorgen l. 8 pr. cit.

2) Die zweite Ausnahme ist viel allgemeinerer Natur und beruht auf deutschem Recht (s. Lit. D.)

C. Den unter A. und B. ausgeführten Charakter der partiellen, mehr oder weniger ausgedehnten unmittelbaren Herrschaft über eine fremde Sache haben, mit einer Ausnahme, sämmtliche iura in re, nämlich 1. die Servituten, 2. das Pfandrecht (vgl. S. 209), so weit es überhaupt ein ius in re ist, also wenn nicht eine Forderung verpfändet ist (denn durch die Verpfändung einer bloßen Forderung kann nur ein persönliches Recht begründet werden); 3. das Superficiarrecht, 4. das Emphyteutrecht, 5. die deutschrechtlichen Ritter- und Bauernlehenrechte und Erbzinsgutsrechte, — welche letzteren Rechte (Nr. 3—5) man durch Nutzungseigenthum (dominium utile) zu bezeichnen pflegt, obwohl sie kein wahres Eigenthum, sondern nur sehr ausgedehnte iura in re aliena sind.

D. Zu diesen dinglichen Rechten kommt aber nach deutschem Rechte noch ein sechstes hinzu, welches durchaus anomaler Natur ist, indem es gegen den unter B. ausgeführten in der Natur des ius in re liegenden Charakter wesentlich verstößt. Es sind dies die sog. Reallasten oder Grundlasten, d. h. Verbindlichkeiten zu bestimmten positiven Leistungen, die gleichsam als Last auf einem Grundstück ruhen. Nach deutschem Rechte nämlich kann ein Recht auf gewisse positive Leistungen, und zwar sowohl auf Sachleistungen (wie z. B. Zahlung einer Geldrente, einer Fruchtrente, oder Abgabe einer Quote der geernteten Früchte, des Zehntens u. dergl.), als auch ein Recht auf Dienste (Frohnen) als ius in re dergestalt bestellt werden, daß die Pflicht zur Leistung auf einem Grundstück ruht und als eine unmittelbar auf dem Grundstück haftende Last behandelt wird und daher der jeweilige Inhaber des Grundstücks zur Leistung angehalten werden kann. Ein solches dingliches Recht ist unleugbar eine Anomalie; denn durch ein auf positive Leistungen gehendes Recht wird nicht das Eigenthum an der Sache objektiv beschränkt und nicht die Sache unserer Herrschaft und unserem rechtlichen Willen unterworfen, sondern die Leistung einer Person, und so sollte ein solches Recht nur bestellt werden können als Obligation (oben B.). Deßhalb fassen auch manche Germanisten diese Reallasten bloß als obligationes in rem scriptae auf, eine Auffassung, durch welche allerdings die Kollision mit der Natur des ius in re vermieden würde. Allein einestheils setzt diese Konstruktion nur an die Stelle der einen Anomalie eine andere noch weit bedenklichere (daß solche gegen alle spätere Inhaber des Grundstücks wirkende obligationes in rem scriptae durch einen Vertrag mit dem jeweiligen Eigenthümer des Grundstücks begründet werden können), anderntheils entspricht sie schwerlich dem wahren Sinne des deutschen Rechtes; denn dieses faßt jene Grundlasten als eine unmittelbare Last, die auf dem Gute ruht, als eine Leistung auf, die vermöge einer juristischen Fiktion das Gut schuldet, so daß der jeweilige Inhaber des Guts bloß diese Pflicht des Gutes zu vertreten hat. Das römische Recht kennt etwas Ähnliches bloß bei gewissen staatsrechtlichen und Kommunalverhältnissen, namentlich bei Grundsteuern D. 39, 4 de publican. l. 7; 49, 14 de iur. fisci l. 36; 43, 10 de via publ. l. un. § 3. Das Nähere über jene Reallasten gehört in das Germanicum; nur ist dabei noch Folgendes zu bemerken:

a. Viele Ältere nennen jene Reallasten servitutes germanicae oder servitutes in faciendo consistentes; allein dies ist durchaus zu mißbilligen. Sie sind ein von den Servituten wesentlich verschiedenes Recht, welches sich ganz unabhängig von ihnen bildete und auf eigenthümlichen Grundlagen beruht.

b. Man darf daraus, daß das deutsche Recht solche Reallasten als dingliche Rechte anerkennt, keineswegs folgern, daß bei uns die unter B. ausgeführten Grundsätze auch bei anderen dinglichen Rechten nicht gelten, daß also z. B. bei uns eine servitus in faciendo bestehen könne. Das deutsche Recht hat an jenen Grundsätzen durchaus Nichts geändert, als eben den, daß es das anomale dingliche Recht der Reallasten schuf, welches aber seinen besonderen, in keiner Weise auszudehnenden Kreis hat. — Übrigens geht die Richtung der Gesetzgebungen der neueren Zeit dahin, dieses anomale dingliche Recht mehr und mehr zu beseitigen.

Zu den iura in re wollen Manche auch noch die deutschrechtlichen Bannrechte zählen; allein dies beruht auf einem Irrthum. Die Bannrechte oder Zwangsgerechtigkeiten sind nichts Anderes, als ein Gewerbeprivilegium, welches dahin geht, daß, wer in einem gewissen Bezirk sich aufhält, gewisse gewerbliche Leistungen nur von dem Bannberechtigten beziehen darf, somit indirekt gezwungen werden soll, Kunde des Bannberechtigten zu werden. Sie sind, wie hieraus hervorgeht, durchaus nicht ein Recht an einer Sache und enthalten keine Beschränkung des Eigenthums; es werden durch sie bloß die betreffenden Personen in ihrem natürlichen Personenrechte, gewerbliche Verträge mit jedem beliebigen Dritten einzugehen, beschränkt, um dem Berechtigten eine gewerbliche Einnahme zu sichern. Die meisten neueren Partikulargesetzgebungen Deutschlands haben aber mit Recht diese Bannrechte ganz abgeschafft. Das Nähere über sie gehört übrigens ins Germanicum.

Zweites Kapitel. Die Servituten.

Begriff der Servituten*.

§ 149.

(Arndts § 175.)

Der Ausdruck servitus, Dienstbarkeit, bedeutet eigentlich überhaupt eine Last; also auf Sachen bezogen: jede dingliche Last, die in Folge eines ius in re auf einer Sache liegt. Allein unsere Quellen beschränken den Ausdruck servitus auf eine gewisse Klasse von iura in re und gebrauchen ihn bei derselben, wie auch wir das Wort „Dienstbarkeit" nicht bloß für die Last, sondern auch zugleich für das dieser Last entsprechende Recht an der Sache.

Als Recht ist servitus (Dienstbarkeit) ein (aktiv) an eine konkrete Person oder an ein konkretes Grundstück gebundenes dingliches Recht, vermöge dessen man über eine fremde Sache in gewissen Beziehungen eine unmittelbare Herrschaft zu üben befugt ist.

Der eigenthümliche Charakter der Servituten, durch den sie sich wesentlich von allen anderen iura in re unterscheiden, liegt darin, daß sie aktiv an eine konkrete Person oder an ein konkretes Grundstück gebunden sind[1].

Die Sache, an welcher Jemand eine Servitut erworben hat, heißt res serviens (dienende Sache), weil die Servitut als Last

---

* Vgl. die bei Arndts § 175 Anm. 1 angeführten Schriften von Hoffmann und von Elwert. Nicht gelungen ist: Schönemann Die Servituten. (Leipzig 1866. 330 S.).

[1] S. unten § 150 Nr. II.

auf ihr ruht. Das Eigenthum der Sache wird dadurch objektiv beschränkt[2].

Gemeinsame Grundsätze aller Servituten.

§ 150.

(Arndts § 176.)

Die Servituten sind iura in re aliena. Es gilt somit bei ihnen Alles, was in § 148 ausgeführt wurde. Man muß daher bei den allgemeinen Grundsätzen über Servituten zwei Klassen solcher allgemeinen Grundsätze unterscheiden:

I. Grundsätze, die aus der Natur der Servituten als iura in re aliena überhaupt folgen, die sie also mit allen iura in re aliena gemein haben. Dies sind die in § 148 ausgeführten. Namentlich gehört hierher auch

1) der Grundsatz nemini res sua servire potest[1]; denn Niemand kann an seiner eigenen Sache überhaupt ein ius in re haben[2];

2) der Grundsatz servitus in faciendo consistere nequit; denn dies folgt aus der Natur des dinglichen Rechts überhaupt[3]. Hieran hat auch das deutsche Recht bei den Servituten Nichts geändert; denn seine Reallasten sind ein anomales Institut, das seinen ganz besonderen beschränkten Kreis hat und mit den Servituten nicht vermischt werden darf[4].

II. Grundsätze, die den Servituten eigenthümlich sind und durch welche sie sich von anderen iura in re wesentlich unterscheiden:

1) Eine Servitut kann nur begründet werden und bestehen entweder

a. für eine bestimmte konkrete Person, so daß das Recht an diese Person gebunden ist als ius personalissimum, also jedenfalls spätestens mit ihrem Tod erlischt und nicht von ihr auf eine andere Person übertragen werden kann. Dies sind die servitutes perso-

---

[2] Vgl. Arndts § 175 Abs. 2 und Anm. 3. und oben § 148 Beil. Lit. A.
[1] Arndts l. c. Nr. 2. [2] Vgl. oben § 148 Nr. VII.
[3] Vgl. oben § 148 Nr. III. Vgl. hierüber und über die Ausnahme bei der servitus oneris ferendi § 148 Beil. Lit. B.
[4] Vgl. oben § 148 Beil. Lit. D.

narum, Personalservituten, gewöhnlich auch (nicht passend) „persönliche“ Dienstbarkeiten[5] genannt, oder

b. für ein bestimmtes konkretes Grundstück, so daß das Recht als Realrecht[6] an dieses Grundstück geknüpft ist, welches dann herrschende Sache (res dominans) heißt. Eine solche Verknüpfung hat den Zweck, den Vortheil, den die Servitut gewährt, bleibend für das Grundstück zu sichern, wodurch der Werth desselben wesentlich erhöht wird. Denn solche an ein herrschendes Grundstück geknüpfte Servituten dauern in der Regel so lange, als die herrschende und dienende Sache besteht und kommen stets dem jeweiligen Eigenthümer der Sache zu, jedoch so, daß sie nicht von der Sache weg auf andere Sachen übertragen werden können. Dies sind die servitutes rerum, Realservituten, oder da sie nur an Grundstücke geknüpft und gegen Grundstücke bestellt werden können, servitutes praediorum, Grunddienstbarkeiten, von Manchen unpassend „dingliche“ Servituten genannt[7].

Dieses Gebundensein an eine Person (Lit. a) oder an ein Grundstück (Lit. b) bildet den wesentlichen Charakter der Servituten im Gegensatz zu den anderen iura in re und beruht auf sehr richtigen Gründen. Durch eine Servitut nämlich wird der Werth der dienenden Sache gemindert, oft in sehr hohem Grade[8]; deßhalb soll diese Minderung entweder nur von beschränkter Dauer sein, nämlich bei den Personalservituten, oder soll wenigstens, wenn eine unbeschränkte Dauer bezweckt ist, die Minderung für die Grundeigenthumsverhältnisse überhaupt dadurch ausgeglichen werden, daß durch sie der Werth eines anderen Grundstücks (verhältnismäßig) erhöht wird; dies kann aber nur dadurch geschehen, daß eine solche dauernde Servitut als Recht an ein Grundstück geknüpft wird und ihr Inhalt ein solcher ist, durch den dem Bedürfnis des herrschenden Grundstücks gedient oder seine Annehmlichkeit erhöht und dadurch der objektive Werth des Grundstücks gesteigert wird[9]. Zwar meinen einige Neuere, das deutsche Recht habe jene Schranke beseitigt; man könne Servituten

---

[5] Nicht zu verwechseln mit persönlichen Rechten, vgl. oben § 36 (Th. I S. 177. 179).
[6] S. oben § 38 Nr. V (Th. I S. 187).
[7] Diese Bezeichnung veranlaßt Verwirrung mit dinglichem Recht; dies sind auch die Personalservituten.
[8] Z. B. altius non tollendi; Nießbrauch. [9] Vgl. unten § 157.

beſtellen, ohne ſie an eine konkrete Perſon oder mit jenem beſchränkten Inhalt an ein Grundſtück zu binden, z. B. Jemandem auf ewige Zeiten einen Nießbrauch an einer Sache einräumen, ſo daß ſich derſelbe auf alle ſeine Erbes-Erben ꝛc. vererbe. Dies würde aber eine Zerſtörung des Weſens der Servituten ſein zum großen Nachtheil des Eigenthums. Es läßt ſich aber auch in der That keine gemeinrechtliche deutſche Quelle nachweiſen, aus welcher Etwas der Art hergeleitet werden könnte[10].

2) Servitus servitutis esse nequit, d. h. an einer Sache, auf der bereits eine Servitut liegt, kann einem Dritten nicht eine ſolche Servitut eingeräumt werden, durch die jene beſchränkt würde[11].

Natürlich kann der Eigenthümer der dienenden Sache ſchon deßhalb einem Dritten eine ſolche Servitut nicht einräumen, weil er dadurch dem bisherigen Servitutberechtigten ſein Recht mindern würde; aber er kann es auch nicht, wenn der Letztere zuſtimmt. Dieſes folgt aus dem unter Nr. 1 ausgeführten Grundſatz; denn durch die Einräumung einer Servitut an einer bereits beſtehenden Servitut würde die letztere gemindert, alſo gleichſam ein Theil von ihr auf einen andern Berechtigten übertragen, was aber nach Nr. 1 unzuläſſig iſt[12]. Indeſſen nimmt man bei uns gewöhnlich an, daß es mit Zuſtimmung aller Intereſſenten geſchehen könnte[13].

Zu beachten iſt aber, daß es nicht eine servitus servitutis iſt, wenn der Eigenthümer an ſeiner Sache, auf der bereits eine Servitut liegt, einem Dritten zwar auch eine Servitut einräumt, aber eine ſolche, durch die jene Servitut gar nicht beſchränkt wird; dies iſt durchaus zuläſſig; z. B. hat Jemand den Nießbrauch an einem Grundſtück, ſo kann ich gar wohl meinem Nachbar eine servitus altius non tollendi an dem Grundſtück einräumen, weil der Nießbraucher dadurch nicht beeinträchtigt wird, da er überhaupt nicht bauen darf[14].

3) Die Servituten, mit Ausnahme des Nießbrauchs, ſind in gewiſſer Beziehung untheilbare Rechte, d. h. es iſt nicht mög-

---

[10] S. meine Schrift: Das Superficiar- oder Platzrecht (1868) S. 196 f. 201 f.
[11] Arndts l. c. Nr. 3.
[12] Hieraus erklärt ſich auch die vielbeſtrittene l. 15 § 7 (a. E.) D. de usufr. 7, 1.
[13] Vgl. auch Arndts § 179 Anm. 4.
[14] Vgl. Arndts § 183 Note p. q.

lich, eine Servitut zu bestellen zu einem bloßen Bruchtheil, zu einer Quote ihres Inhalts, oder gegen einen bloßen Bruchtheil der dienenden Sache, oder für einen bloßen Bruchtheil der herrschenden Sache[15].

4) Außerdem gilt bei allen Servituten[16] der Grundsatz, daß sie civiliter auszuüben sind und daß der Eigenthümer der dienenden Sache auch seinerseits, so weit nicht der Servitutberechtigte in seinem Recht dadurch beschränkt wird, befugt ist, den Inhalt der fraglichen Befugnis auszuüben. Auch bestehen für die Servituten gemeinsame Grundsätze über ihren Erwerb, ihren Verlust und ihren Schutz durch Klagen[17].

Beilage.

Nach ihrem Inhalt sind folgende verschiedene Eigenschaften der Servituten zu unterscheiden:

I. Es kann als Servitut eine solche Befugnis bestellt werden, durch welche man bloß zu einzelnen Handlungen auf der dienenden Sache befugt wird, so daß die Servitut schon ihrer faktischen Natur nach in ihrer Ausübung bloß intermittirend, unzusammenhängend, nicht stetig ist, wie die servitus itineris, viae, actus, pascendi, aquaehaustus. Von solchen Servituten sagt die l. 14 pr. D. 8, 1 de servitut., sie haben »non certam continuamque possessionem«; vgl. auch D. 41, 3 de usurp. l. 4 § 27.

II. Es können Befugnisse als Servitut bestellt werden, deren Ausübung schon ihrer faktischen Natur nach eine stete, zusammenhängende, ununterbrochen fortdauernde ist, die also in einer ununterbrochenen Einwirkung auf die dienende Sache, in einem fortdauernden Zustande sich äußern und zwar entweder 1. so, daß der Berechtigte eine dauernde Vorrichtung an der dienenden Sache oder gegen dieselbe treffen kann, durch welche die Servitut von selbst ohne Unterbrechung ausgeübt wird, wie bei der servitus tigni immittendi, oneris ferendi, proiciendi u. dergl., oder 2. in der Art, daß der Berechtigte gewisse Änderungen auf oder mit der dienenden Sache untersagen kann (oben S. 207 Nr. 2); z. B. wenn mir Jemand an seiner Sache die servitus altius non tollendi bestellt: so übe ich die Servitut von selbst stetig und ununterbrochen aus, so lange er nicht höher baut; oder kann 3. die Befugnis eine solche sein, zu deren Ausübung die Detention der dienenden Sache nöthig ist; dies ist der Fall beim Nießbrauch und bei der Gebrauchsgerechtigkeit.

Servituten der letzteren Art (Nr. II) nennt man am geeignetsten ununterbrochene oder zusammenhängende, ständige, continuae, die der ersteren Art (Nr. I) intermittirende, unzusammenhängende, unständige, discontinuae. Diese Eintheilung ist besonders wichtig für Verjährung und Interdikte bei Servituten; nur ist dabei noch Folgendes zu bemerken:

a. Viele nehmen die Ausdrücke servitus »continua« und »discontinua« in einem andern Sinne, nicht nach der Natur der Ausübung, sondern nach dem ganz zufälligen und für die Natur der Servitut indifferenten Umstande, ob die Ausübung nach der Zeit beschränkt sei, und beziehen die Eintheilung lediglich

---

[15] Näheres hierüber s. unten § 151.

[16] Arndts (§ 183 Nr. 4, 5) führt dies bloß bei den Realservituten an.

[17] S. Arndts § 187 u. § 194. Vgl. unten § 159 ff.

auf die intermittirenden Servituten (Nr. I). Sie bezeichnen nämlich diejenigen unständigen oder intermittirenden Servituten, bei welchen (was das Gewöhnliche ist) der Berechtigte in Beziehung auf die Zeit ihrer Ausübung gar nicht beschränkt ist, z. B. eine Weggerechtigkeit, deren man sich jeder Zeit bedienen darf, durch servitus »continua«, — dagegen Servituten, welche nur zu Zeiten sollen ausgeübt werden dürfen, z. B. wenn eine servitus viae so bestellt wurde, daß man sie nur zur Zeit der Ernte, oder eine servitus aquaeductus so, daß man sie nur in gewissen Monaten soll ausüben dürfen, durch »discontinuae«. Allein hier sind diese Ausdrücke sehr uneigentlich gebraucht; denn den unter Nr. I angeführten Servituten, z. B. der servitus viae, aquaehaustus u. dergl. geht schon ihrer Natur nach jeder wahrhaft kontinuirliche, stetige Charakter ab, sollten sie auch ohne alle Beschränkung in Betreff der Ausübungszeit bestellt werden; man kann sie daher niemals »continuae« nennen, auch nicht dann, wenn der Servitutberechtigte in der Zeit der Ausübung unbeschränkt ist.

b. Die Eintheilung der Realservituten, welche Stever De servitutib. praedior. 1820 cap. I § 7 aufstellt und v. Bangerow I § 339 S. 701 der 7. Ausg. adoptirt, ist ganz die unter Nr. I und II bemerkte, nur das Stever die einzelnen Klassen auf folgende Weise bezeichnet: er nennt die Fälle Nr. I »servitutes faciendi«, die Fälle Nr. II, 1 »servitutes habendi« und die Fälle Nr. II, 2 »servitutes prohibendi«. Allein diese Bezeichnungen sind, was die ersteren beiden Fälle betrifft, nicht gut gewählt; sie bezeichnen in der That die Sache gar nicht gehörig; unter dem Ausdruck »servitutes habendi« wird nicht leicht Jemand Das suchen, was Stever und v. Bangerow darunter verstehen, da man doch nicht Das ein Haben nennen kann, wenn der Berechtigte z. B. einen Balkon in den Luftraum des Nachbars hineinragen oder sein Gebäude auf der Mauer des Nachbars ruhen lassen darf, und unter »servitutes faciendi« könnte man ebenso gut jene servitutes habendi verstehen, da, wer z. B. sein Gebäude auf dem Gemäuer des Nachbars ruhen oder einen Balkon in dessen Luftraum hineinragen lassen darf, dadurch in der That zu einem facere gegen das dienende Grundstück befugt wird. Überdies kann diese Bezeichnung leicht zu Mißverständnissen führen; denn wenn man bei Servituten von »facere« spricht: so bezieht man dies stets auf den Inhaber der dienenden Sache (oben § 148 Beil. Lit. B); bei den Stever'schen servitutes faciendi wird es aber auf den Servitutberechtigten bezogen.

Untheilbarkeit und Theilbarkeit der Servituten.

§ 151.

A. Untheilbarkeit der Dienstbarkeiten. — Die römischen Quellen sagen, die Servituten, mit Ausnahme des Nießbrauches (s. unten Lit. B), seien untheilbare Rechte; D. ad l. Falc. 35, 2 l. 1 § 9 »ususfructus . . qui dividi potest, non sicut ceterae servitutes individuae sunt« ꝛc. Diese Untheilbarkeit bezieht sich auf die juristische oder intellektuelle Theilung (Theilung nach Bruchtheilen oder Quoten) und ist in dieser Beziehung durch die Natur der Sache gegeben. Denn es ist schon an sich unmöglich, eine Dienstbarkeit in Bruchtheile zu theilen und bloß in einem Bruchtheile auszuüben; D. de usu 7, 8 l. 19, de servitut. 8, 1 l. 17, Fragm. Sexti Pomponii (ed. Boecking, Bonn 1831): »servitutes dividi non possunt: nam earum usus ita connexus est, ut, qui eum partiatur, naturam eius corrumpat«. Ebenso ist eine Dienstbarkeit an einem bloßen Bruchtheile der dienenden Sache, und eine Grunddienstbarkeit für einen bloßen Bruchtheil der herrschenden Sache eine Unmöglichkeit. Denn die juristische Theilung einer Sache erstreckt sich über die ganze Sache so, daß jeder physische Theil oder Punkt der Sache in die betreffenden Bruchtheile als getheilt

gilt, somit in jedem physischen Theile oder Punkte der Sache sämmtliche Bruchtheile äußerlich ununterscheidbar zusammenlaufen (§ 121 Beil.): es müssen daher durch ein Thun oder Lassen gegen oder für irgend einen physischen Theil der Sache nothwendig alle Bruchtheile, in welche die Sache als getheilt gilt, getroffen werden; z. B. ein Fußwegsrecht an einem unabgeschiedenen, bloß intellektuellen, Viertheil eines Grundstückes zu haben und auszuüben ist unmöglich, weil, wenn auch nur eine Scholle des Grundstücks betreten wird, nothwendig alle Viertheile getroffen werden, in welche, wie das ganze Grundstück, so auch jede Scholle als getheilt gilt; ebenso ist ein auf ein Viertheil eines Hauses beschränktes Aussichtsrecht eine Unmöglichkeit, weil bei der Theilung nach Viertheilen jeder physische Theil des Hauses in die vier Bruchtheile als getheilt gilt, somit die Ausübung des Aussichtsrechtes für irgend einen Theil des Hauses sich auf alle diese Bruchtheile erstrecken muß und es unmöglich ist, sie auf einen oder einige derselben zu beschränken. Diese Untheilbarkeit äußert sich in folgenden Beziehungen:

I. Belastung einer Sache mit einer Dienstbarkeit und Erwerbung einer Dienstbarkeit. — Es ist aus den angeführten Gründen unmöglich, eine Sache zu einem bloßen Bruchtheil mit einer Dienstbarkeit zu belasten, und für einen bloßen Bruchtheil einer Sache eine Dienstbarkeit zu erwerben; »per partes« (intellektuelle Theile) »nec adquiri nec imponi servitutes possunt«; D. commun. praed. 8, 4 l. 6 § 1 i. A.; de s. p. r. 8, 3 l. 32. Hieraus folgt namentlich:

1) Eine im Miteigenthum stehende Sache (»res communis«) kann von einem der Miteigenthümer allein nicht mit einer Dienstbarkeit belastet werden; denn bloß auf seine Quote die Last zu legen ist eine Unmöglichkeit; die ganze Sache aber zu belasten ist er nicht befugt, weil sie ihm nicht ganz gehört; D. de servitut. 8, 1 l. 2. Soll daher eine gemeinsame Sache mit einer Dienstbarkeit belastet werden, so ist nöthig, daß alle Miteigenthümer zustimmen; nur wird nicht erfordert, daß es gleichzeitig (pariter) geschehe; wenn daher ein Miteigenthümer allein die Dienstbarkeit bestellt, so kann zwar er die Ausübung des von ihm eingeräumten Rechts nicht hindern (D. de s. p. r. 8, 3 l. 11 a. E.); aber das Existentwerden der Dienstbarkeit ist noch im Schweben; wenn nämlich später auch die anderen sie bestellen, so tritt sie nun von der Zeit an in Gültigkeit, an welcher der letzte bestellt hat (»perinde habetur, ac si, quum postremus cedat, omnes cessissent«), vorausgesetzt, daß nicht in der Zwischenzeit in der Person Derjenigen, welche vorher bestellt hatten, eine Änderung eintrat, z. B. einer starb oder seine Quote veräußerte; D. commun. praed. 8, 4 l. 18, vgl. auch unten Nr. 2 a. E.

2) Für ein Grundstück, welches im Miteigenthum steht, kann einer der Miteigenthümer allein eine Dienstbarkeit nicht erwerben, D. commun. praed. 8, 4 l. 5 a. E.; denn für seine bloße Quote am gemeinschaftlichen Grundstück kann er sich aus den angeführten Gründen eine Dienstbarkeit nicht bestellen lassen (D. de serv. 8, 1 l. 11 »Pro parte dominii servitutem adquiri non posse vulgo traditur«), für das ganze Grundstück aber nicht, weil ihm nicht das ganze gehört. Es wird daher zur Erwerbung einer Dienstbarkeit für eine gemeinschaftliche Sache die Mitwirkung aller Miteigenthümer, wie im vorigen Falle (Nr. 1) erfordert; D. commun. praed. 8, 4 l. 18 i. d. W. »Idem iuris est« ꝛc. Doch weicht in diesen Fällen in einer nicht unwichtigen Beziehung das gemeine deutsche Recht vom römischen ab (was nicht immer gehörig beachtet wird). Nach römischen Recht konnte nämlich, wie in der Lehre von der Stellvertretung auszuführen ist, eine Servitut durch einen freien Stellvertreter, z. B. einen Beauftragten, nicht erworben werden; es mußten daher, wenn für eine gemeinschaftliche Sache eine Dienstbarkeit erworben werden sollte, sämmtliche Miteigenthümer, sei es zugleich oder zu verschiedenen Zeiten, sich die Dienstbarkeit bestellen lassen, l. 18 cit. Nach deutschem Recht dagegen ist auch die Erwerbung von Servituten durch Stellvertreter zulässig. Wenn daher bei uns der Miteigenthümer eines Grundstücks mit Genehmigung seiner Genossen, oder wenn ein Bevollmächtigter sämmt-

licher Miteigenthümer für das gemeinschaftliche Grundstück eine Dienstbarkeit bestellen läßt, so ist dies durchaus gültig und wirksam.

3) Der Miteigenthümer einer Sache kann an der gemeinschaftlichen Sache eine Dienstbarkeit nicht erwerben, weder für seine Person (abgesehen vom Nießbrauch, Lit. B), noch für ein ihm gehöriges Grundstück; D. comm. praed. l. 6 § 3 i. A.; denn an dem an der gemeinschaftlichen Sache ihm zustehenden Bruchtheile kann er schon deßhalb eine Dienstbarkeit nicht erwerben, weil Niemand an seiner eigenen Sache eine Dienstbarkeit haben kann; D. de s. p. u. 8, 2 l. 26 erste Periode (»nulli enim res sua servit«); bloß an den Quoten seiner Miteigenthümer aber ist nach dem Ausgeführten eine Servitut nicht möglich.

4) Aus demselben Grunde kann für ein gemeinschaftliches Grundstück eine Dienstbarkeit an einem Grundstück, welches einem der Miteigenthümer gehört, nicht erworben werden, l. 6 § 3 cit.; denn für den Bruchtheil, welcher am gemeinschaftlichen Grundstück dem Miteigenthümer gehört, kann er an dem in seinem Alleineigenthum stehenden Grundstück keine Dienstbarkeit haben, und bloß für die Bruchtheile der anderen Miteigenthümer ist die Bestellung einer Dienstbarkeit nicht möglich.

5) Wenn der Eigenthümer eines Grundstücks, welcher sich für dasselbe die künftige Bestellung einer Dienstbarkeit an einem anderen Grundstück zusagen ließ, einen Bruchtheil seines Grundstücks an einen Dritten veräußert: so hat er sich dadurch die Erwerbung der Servitut unmöglich gemacht; denn für den Bruchtheil des Grundstücks, den er nicht veräußerte, kann er sich eine Dienstbarkeit nicht bestellen lassen; D. de serv. 8, 1 l. 11, de V. O. 45, 1 l. 136 § 1.

II. Verlust einer Dienstbarkeit. So wenig man an einem bloßen Bruchtheil einer Sache, oder für einen solchen eine Dienstbarkeit erwerben kann, eben so wenig kann man eine bestehende Dienstbarkeit bloß zu einem Bruchtheil oder bloß an einem Bruchtheile der Sache oder für einen Bruchtheil derselben verlieren. Es kann daher eine Dienstbarkeit dadurch, daß z. B. einer der Miteigenthümer des herrschenden Grundstücks auf sie verzichtet, nicht aufgehoben werden, ebenso ist, wenn Jemand an seiner Sache eine Dienstbarkeit einem Dritten vermachte und später das Vermächtnis zu einem Bruchtheile wieder aufhebt: diese Aufhebung ganz unwirksam; D. de serv. 8, 1 l. 11 a. E.; ferner wenn einer der Miteigenthümer des herrschenden Grundstücks die Verjährungszeit hindurch die Dienstbarkeit nicht ausübt: so bleibt sie doch, da sie nicht zu seinem Bruchtheile erlöschen kann, ungemindert bestehen, wenn sie nur von Anderen ausgeübt wurde; D. quemadm. serv. am. 8, 6 l. 5, l. 6 pr. l. 16 i. d. W. »Quodsi plurium fundo« ꝛc. — Hieraus ergiebt sich aber auch, daß eine Dienstbarkeit »per partes (oder pro parte) retinetur«, also sie durch theilweise confusio nicht erlischt, d. h. wenn der Servitutberechtigte an einer Quote der dienenden Sache das Eigenthum erwirbt: so bleibt seine Dienstbarkeit bestehen, weil sie nicht zu einem bloßen Bruchtheile verloren gehen kann; aus dem gleichen Grunde bleibt die Dienstbarkeit bestehen, wenn der Eigenthümer der dienenden Sache zu einem Bruchtheile Eigenthümer der herrschenden Sache wird; D. de serv. 8, 1 l. 8 § 1, de s. p. u. 8, 2 l. 30 § 1, de V. O. 45, 1 l. 140 § 2 a. E. i. d. W. »per partem dominorum« ꝛc., de s. p. r. 8, 3 l. 27 a. E. l. 34 pr., Vangerow Pand. § 340 Anm. 2 Nr. 1, c.

III. Ausübung und Geltendmachung einer erworbenen Dienstbarkeit. — Nach dem Ausgeführten kann eine Dienstbarkeit nicht zu einem bloßen Bruchtheil und nicht gegen oder für einen bloßen Bruchtheil einer Sache ausgeübt werden. Hieraus ergiebt sich namentlich:

1) Wenn bei einer Grunddienstbarkeit das herrschende Grundstück im Miteigenthum Mehrerer steht: so ist jeder Miteigenthümer befugt, die Dienstbarkeit gegen das dienende Grundstück in ihrem vollen Umfange (»in solidum«) auszuüben. Nur versteht sich von selbst, daß wenn sie auf ein gewisses Maß beschränkt ist, z. B. ein Weiderecht bloß für 100 Schafe eingeräumt wurde, dieses Maß von den Miteigenthümern der herrschenden Sache nicht überschritten werden darf. — Auch die gerichtliche Geltendmachung einer Dienstbarkeit muß

stets auf das ganze, untheilbare Recht (»in solidum«) gehen. Wenn nämlich der Inhaber der dienenden Sache die Dienstbarkeit bestreitet oder ihre Ausübung stört oder hindert: so können natürlich die Miteigenthümer des herrschenden Grundstücks gegen ihn zu gemeinsamer Anstellung der konfessorischen Klage auf das Ganze sich vereinigen; nur kann kein Miteigenthümer den anderen zu einer solchen gemeinsamen Erhebung der Klage zwingen. Allein es ist auch jeder einzelne Miteigenthümer befugt, die konfessorische Klage und zwar auf das ganze Recht gegen den Inhaber der dienenden Sache anzustellen. D. si serv. vind. 8, 5 l. 4 § 3 (»unicuique in solidum competit actio«), l. 6 § 4 erste Periode, de arb. caed. 43, 27 l. 1 § 5. — Hier entsteht aber die Frage, welche Wirkung überhaupt und für die anderen Miteigenthümer, die am Processe nicht theilnehmen, der Ausgang des Processes hat. Das römische Recht macht hier von dem Grundsatze, daß ein rechtskräftiges Urtheil nur für die Parteien, welche am Streite theilnehmen, maßgebend ist (C. quib. res iud. 7, 56 cst. 2), eine Ausnahme, indem es ganz konsequent wegen der Untheilbarkeit der Dienstbarkeiten davon ausgeht, daß wie nur auf das Ganze geklagt werden kann, auch das Urtheil für das Ganze maßgebend sein und überhaupt für die bei der Dienstbarkeit betheiligte herrschende (oder dienende s. Nr. 2) Sache gelten muß (»sententia praedio datur«) D. de neg. gest. 3, 5 l. 31 § 7. Hiernach ist der einzelne Miteigenthümer legitimirt, für die Sache überhaupt den Proceß zu führen, und muß das Resultat des Processes auch für die anderen Miteigenthümer gelten. Siegt daher der klagende Miteigenthümer: so gilt das gefällte Urtheil für den Bestand des Rechts der Servitut überhaupt, also auch zu Gunsten der anderen Miteigenthümer; D. si serv. vind. 8, 5 l. 4 § 3 (»victoria et aliis proderit .. quamvis per unum adquiri servitus non possit«). Ebenso aber muß auch, wenn der klagende Miteigenthümer unterliegt, das nachtheilige Urtheil gegen die anderen Miteigenthümer wirksam sein; nur können sie, wenn er den Verlust des Processes, sei es durch dolus oder durch culpa, verschuldete, ihn mit den in § 121 Beil. Nr. III 1, 2 angeführten Klagen, und wenn er mit dem Beklagten kolludirt hatte, den letzteren mit der actio doli auf Entschädigung belangen; D. l. c. l. 19. — Während das Erstere, die angeführte Wirksamkeit eines günstigen Urtheils, wohl allgemein zugegeben ist, wird die Wirksamkeit eines ungünstigen Urtheils für die anderen Miteigenthümer von Manchen, z. B. von Windscheid Pand. § 132 Note 6 verneint (ich war auch früher in meinem Württemb. Privatrecht II § 73 Note 80 unter Berufung auf die l. 19 cit. dieser Ansicht); allein die Konsequenz führt auch für das dem Kläger ungünstige Urtheil auf das ausgeführte Resultat, und die l. 19 cit. setzt die Wirksamkeit des nachtheiligen Urtheils auch gegen die anderen Miteigenthümer voraus, indem sie nur für den Fall, wenn der Kläger den Proceß »culpa sua perdidit« sagt, daß dies den anderen nicht zum Nachtheil sein soll (dieses Letztere wird man nicht wie Elwers Servitutenlehre S. 800 ꝛc. und Baron Die Gesammtrechtsverhältnisse S. 140 glauben, auf eine Restitution gegen das Urtheil, sondern mit Savigny Syst. VI S. 480 nur auf eine Entschädigungsklage beziehen können). Vgl. auch unten Nr. 2 a. E.

2) Steht die dienende Sache im Miteigenthum: so ist natürlich der Servitutberechtigte befugt, die Dienstbarkeit im vollen Maße gegen die Sache auszuüben und gegen jeden Miteigenthümer geltend zu machen. Bestreiten sie ihm sein Recht oder hindern sie ihn in der Ausübung desselben: so kann er gegen Alle vereint die konfessorische Klage anstellen und dadurch ein gegen Alle geltendes Urtheil erwirken. Er ist aber auch befugt, gegen einen einzelnen Miteigenthümer der dienenden Sache die Klage zu erheben und zwar, da von einer Trennung nach Bruchtheilen nicht die Rede sein kann, auf das ganze untheilbare Recht; D. si serv. vind. 8, 5 l. 4 § 4, de serv. legat. 33, 3 l. 7. Über die Wirksamkeit des in diesem Falle gefällten Urtheils für die anderen Miteigenthümer muß auch hier Dasselbe gelten, was unter Nr. 1 ausgeführt wurde; siegt der beklagte Miteigenthümer: so kommt auch den anderen Miteigenthümern die Einrede des rechtskräftigen Urtheils zu; unterliegt er: so geht die Verurtheilung

auf das Ganze (l. 4 § 4 cit. »quisquis defendit, solidum debet restituere, quia divisionem haec res non recipit«) und gilt auch gegen die anderen Miteigenthümer, welche am Processe nicht theilnahmen, als maßgebend. Zwar wird auch hier (wie im Falle von Nr. 1) die Wirksamkeit des nachtheiligen Urtheils gegen die anderen Miteigenthümer von Manchen, namentlich auch von Windscheid Pandekten (von der 2ten Ausg. an § 132 Note 5 (anderer Ansicht war er in der 1. Ausgabe) in Abrede gezogen, und allerdings würden sich vom legislativen Standpunkte aus Bedenken dagegen erheben lassen (ein solcher legislativer Grund ist der, welchen Windscheid a. O. geltend macht). Allein was unser positives Recht betrifft, so wird sich die l. 4 § 4 cit. nicht anders, als wie vorhin geschehen, auslegen lassen, und die unter Nr. 1 ausgeführten Gründe führen auch hier darauf, daß das in dem Processe gegen den einen Miteigenthümer ergangene Urtheil über das bestrittene Recht auch für die anderen Miteigenthümer maßgebend sein muß (s. auch arg. l. 25 § 10 fam. herc. 10, 2), zumal da das gemeine Recht dem beklagten Miteigenthümer nicht ein processualisches Rechtsmittel gab, um den Kläger zur Erhebung seiner Klage gegen alle Miteigenthümer oder um die übrigen Miteigenthümer zur Theilnahme am Processe zu nöthigen. Für diese Bedeutung des gegen einen Miteigenthümer ergangenen nachtheiligen Urtheils ist in diesem Falle, wie auch in dem unter Nr. 1, weitaus die Mehrzahl der Neueren, so z. B. Keller Litis contestatio S. 409 und Pandekten § 97, Bangerow Pandekten § 173 Nr. V, 4, Arndts § 191 bei Note k, Sintenis Civilrecht § 34 Note 32 § 57 Note 21, Holzschuher Theorie ꝛc. Bd. II § 111 S. 342, Seuffert Pandekten § 162 Note 19, Elwers Servitutenlehre S. 800, Savigny Syst. VI S. 479—481, Wetzell Civilproceß § 47 bei Note 30, Baron Gesammtrechtsverhältn. S. 141 f. — Dabei fragt es sich aber noch, auf Was das Urtheil zu gehen hat, wenn der beklagte Miteigenthümer der dienenden Sache den Proceß verliert. In den Zeiten des klassischen römischen Rechts war es Grundsatz, daß eine Verurtheilung nur auf Zahlung einer Geldsumme gehen konnte. Wenn daher bei einem Streite über das Bestehen einer Servitut gegen den Miteigenthümer der angeblich dienenden Sache zu erkennen war, und der Beklagte es zur Verurtheilung kommen ließ: so konnte diese nur auf Bezahlung des ganzen Geldwerthes der Dienstbarkeit gehen; durch diese Zahlung wurde dann die Sache von der Dienstbarkeit frei (Gaius Inst. IV § 48), und der Beklagte konnte dann von den anderen Miteigenthümern nach dem Betrage ihrer Antheile Entschädigung verlangen, wenn er nicht erweislich den Verlust des Processes verschuldet hatte; arg. l. 19 si verv. vind. 8, 5, vgl. auch D. fam. herc. 10, 2 l. 25 § 10, 11. Nach dem Untergange des Formularprocesses aber kam der natürliche Grundsatz zur Geltung, daß eine Verurtheilung auf Das gehen müsse, was der Kläger wirklich anzusprechen habe und den Gegenstand der begründeten Klage bilde. Deßhalb ist nach justinianischem Recht und bei uns im genannten Falle im Urtheile die Anerkennung der Dienstbarkeit und die Verpflichtung der Gestattung ihrer Ausübung auszusprechen, und dieses Urtheil hat auch gegen die anderen Miteigenthümer des Beklagten Geltung; nur können sie von ihm Entschädigung verlangen, wenn er durch seine Schuld den Proceß verloren hat.

B. Theilbarkeit des Nießbrauchs. — Das römische Recht faßt bei dieser Frage, wohl hauptsächlich durch praktische Rücksichten bestimmt, den Nießbrauch von seiner gewöhnlichen Hauptbedeutung auf, vom Gewinne der Früchte aus einer Sache; diese aber sind theilbar. Deßhalb nimmt es die Möglichkeit eines Nießbrauchs nicht bloß an reellen Theilen, sondern auch an ideellen oder Bruchtheilen einer Sache und seine Theilbarkeit in Bruchtheile an; D. ad l. Falc. 35, 2 l. 1 § 9 (oben Lit. A i. A.) l. 81, de usufr. 8, 1 l. 5 (»ususfructus .. pro parte indivisa vel divisa constitui potest«). Hiernach kann namentlich a. der Eigenthümer an einem Bruchtheile seiner Sache, der Miteigenthümer an der ihm gehörigen Quote der gemeinschaftlichen Sache einen Nießbrauch bestellen (D. l. c. l. 5, l. 49, si ususfr. pet. 7, 6 l. 5 § 2), also auch der Miteigenthümer an der gemeinschaftlichen Sache (an den seinen Miteigenthümern

zustehenden Quoten) einen Nießbrauch erwerben; es kann d. Mehreren miteinander ein Nießbrauch in der Art bestellt werden, daß er Jedem zu einem Bruchtheile zukommen soll, z. B. wenn der Eigenthümer den Nießbrauch an seinem Grundstück Dreien miteinander einräumt: so erhält Jeder an einem Dritttheile, also an einem bloß ideellen Theile des Grundstücks den Nießbrauch; s. auch D. ad l. Falc. l. 81. In einem solchen Falle kommen die Nießbraucher in Betreff ihres Nießbrauches in eine communio pro indiviso und hat Jeder (wie die Miteigenthümer gegen einander) das Recht, jeder Zeit reelle Theilung des Nießbrauchs zu verlangen, z. B. bei Grundstücken durch Theilung nach real abgegrenzten Theilen des Grundstücks oder, namentlich bei Mobilien, durch Theilung nach Zeit der Ausübung, oder durch Vermiethung des Nießbrauchs und Theilung des Miethgeldes; D. comm. div. 10, 3 l. 7 § 7, 10; fam. herc. 10, 2 l. 14—16 pr., de usufr. 7, 1 l. 13 § 3. — c. Wer den Nießbrauch zu einem Bruchtheile hat, kann natürlich im Falle der Bestreitung seines Rechts oder der Störung in demselben nur zu einem Bruchtheile klagen, D. si ususfr. pet. 7, 6 l. 5 § 2; aber auch Wer den Nießbrauch an der ganzen Sache hat, kann, wenn sie im Miteigenthume steht und er gegen einen der Miteigenthümer klagt, eine Verurtheilung bloß zu der diesem an der Sache gehörigen Quote erwirken; gegen die anderen Miteigenthümer hat daher das Urtheil keine Geltung; D. de ususfr. 5, 1 l. 5 a. E. d. Der Nießbrauch kann zu einem bloßen Bruchtheil erlöschen; es kann daher auf einen bloßen Bruchtheil desselben gültig verzichtet und er durch Nichtausübung zu einem bloßen Bruchtheile verloren werden; D. l. 5 cit., quib. mod. ususfr. 7, 4 l. 14, l. 25.

Zu leugnen wird aber nicht sein, daß in dieser Annahme der Theilbarkeit des Nießbrauches eine Anomalie liegt. Denn abgesehen davon, daß der Nießbraucher, um natürliche Früchte zu gewinnen, in der Regel die dienende Sache bebauen muß, eine Bebauung eines bloßen Bruchtheils der Sache aber nicht möglich ist, so liegt in dem Nießbrauche auch das Recht auf jeglichen ordnungsmäßigen Gebrauch der Sache, und bei manchen Gegenständen des Nießbrauchs ist gerade dieser Gebrauch der hauptsächlichste Nutzen, den die Sache gewährt, einen bloßen Bruchtheil einer Sache aber zu gebrauchen ist nicht möglich, D. de usu 7, 8 l. 19 und oben S. 219 ff. Zwar kann der Nießbraucher die Ausübung seines Nießbrauches, also auch des in ihm liegenden Gebrauches Anderen um Geld überlassen und dieses ist theilbar. Allein dadurch wird die Anomalie nicht beseitigt; denn ein an sich nach Bruchtheilen nicht theilbares Recht kann durch die Möglichkeit, daß ein bloßes Äquivalent für seine Ausübung theilbar ist, nicht die Natur eines theilbaren Rechts erlangen. Da aber die Theilbarkeit des Nießbrauches überhaupt in den Quellen anerkannt ist: so muß eben ein Nießbraucher, dessen Recht bloß auf einen Bruchtheil geht, in Betreff des Gebrauches der Sache zu dem Eigenthümer der dienenden Sache oder zu Denen, welchen an den übrigen Bruchtheilen der Sache der Nießbrauch zusteht, in ein ähnliches Verhältnis treten, wie das der Miteigenthümer einer Sache zu einander ist.

C. Theilung einer Dienstbarkeit nach Maß und Zeit ihrer Ausübung. — Manche Dienstbarkeit ist nach dem Maße oder nach der Zeit ihrer Ausübung faktisch theilbar. Eine solche Dienstbarkeit könnte an sich in mehrere selbständige Dienstbarkeiten in der Art getheilt werden, daß die Theile im Kleineren ganz dasselbe Recht nach Natur und Inhalt bilden, welches das ungetheilte Recht im Größeren war; z. B. ein Wasserleitungsrecht kann an sich in zwei Wasserleitungsrechte in der Art getheilt werden, daß das eine nur zu gewissen Tageszeiten, das andere zu anderen Tageszeiten ausgeübt werden darf, vgl. D. de aqua quotid. 43, 20 l. 5 pr., de serv. 8, 1 l. 5 § 1. Allein eine solche Theilung einer bestehenden Dienstbarkeit unter Mehrere ist juristisch unzulässig, weil eine Dienstbarkeit nicht an Dritte veräußert werden kann: steht mir z. B. für mein Grundstück an einem fremden Grundstück eine Weidegerechtigkeit für 60 Schafe zu, so darf ich sie nicht so theilen, daß ich meinem Nachbar für sein Grundstück das Weiderecht für 30 Schafe abtrete; denn dadurch würde die Dienstbarkeit theilweise vom herrschenden Grundstück getrennt und auf ein

anderes übergetragen, was rechtlich unzulässig ist. Dagegen kann auf eine Dienstbarkeit verzichtet und sie dem Eigenthümer der dienenden Sache nachgelassen werden; deßhalb wird man anzunehmen haben, daß der Berechtigte eine ihm zukommende Dienstbarkeit in jenen Beziehungen auch theilweise nachlassen kann, da eine solche Theilung faktisch möglich ist und ihr ein Rechtsgrundsatz nicht entgegensteht. Auch kann eine Dienstbarkeit gleicher Art an derselben Sache Mehreren, sei es unter Lebenden oder durch Vermächtniß, so eingeräumt werden, daß sie sich nach Maß oder Zeit der Ausübung in sie theilen müssen; zu diesem Zwecke kann es dann nach Umständen zu einer actio communi dividundo utilis kommen, so daß Jeder von ihnen eine selbständige Servitut in einem besonders begrenzten Maße bekommt; D. de aqua qu. 43, 20 l. 4 l. 5 pr., vgl. auch D. comm. div. 10, 3 l. 19 § 4, l. 10 § 1 und unten lit. D. Nr. 3, a.

D. Dienstbarkeiten an und für reale, abgegrenzte Theile einer Sache. — Der Zulässigkeit solcher Dienstbarkeiten steht die Natur des Verhältnisses in keiner Weise entgegen. Hieraus folgt:

1. Auf einen realen Theil eines Grundstücks kann eine Dienstbarkeit ganz gültig beschränkt und als Last gelegt werden, z. B. eine servitus altius non tollendi bloß auf die abgegrenzte linke Hälfte des Grundstücks, so daß der Eigenthümer die rechte Hälfte überbauen darf. Ebenso kann für einen abgegrenzten Theil eines Grundstücks eine Grunddienstbarkeit erworben werden, z. B. eine Aussichtsgerechtigkeit für ein bestimmtes Fenster eines Hauses, so daß der Eigenthümer der dienenden Sache die Aussicht der übrigen Fenster verbauen darf. »Ad certam partem (realer Theil) fundi servitus . . constitui potest«; D. de serv. l. 6, commun. praed. 8, 4 l. 6 § 1 i. f. W. »Plane si« ꝛc.

2. Eine Dienstbarkeit kann in der Art theilweise erlassen werden, daß sie nur noch gegen einen realen Theil der dienenden Sache gehen oder nur noch für einen realen Theil der herrschenden Sache bestehen soll; D. de servit. 8, 1 l. 6.

3. Wie verhält es sich aber mit der Dienstbarkeit, wenn das herrschende Grundstück unter Mehrere real getheilt wird, z. B. der Eigenthümer desselben ein Stück davon real abtheilt und diese certa pars an einen Dritten veräußert D. de s. p. r. 8, 3 l. 25), oder die Miteigenthümer des Grundstücks es unter sich in kleinere abgetheilte Grundstücke theilen, so daß Jeder eines dieser Grundstücke in sein Alleineigenthum bekommt? Die Entscheidung dieser Frage geben unsere Quellen, der Natur des Verhältnisses entsprechend, dahin:

a. Die Dienstbarkeit, welche bisher dem ungetheilten Grundstück und also auch allen seinen Theilen zukam, folgt nun den einzelnen abgetheilten Grundstücken in der Art, daß sie jedem als besondere selbständige Dienstbarkeit zusteht, gerade wie wenn sie jedem von Anfang an besonders bestellt worden wäre (D. quemadm. serv. am. 8, 6 l. 6 § 1 in den Worten »Si divisus — proficit«; de s. p. r. 8, 3 l. 23 § 3, l. 25; vergl. auch unten lit. c.). Zwar ist Dieses nicht unbestritten. Namentlich wird von Vangerow Pandekten I § 340 Anm. 2 Nr. 1, d auszuführen gesucht, daß in einem solchen Falle die Dienstbarkeit ganz unverändert bleibe und nur ihre Ausübung nach der Theilung des Grundstücks den mehreren Eigenthümern der einzelnen Theile zustehe. Allein Vangerow geht dabei von einer Prämisse aus (daß „bei Realservituten das Grundstück selbst, nicht aber der Eigenthümer, als das berechtigte Subjekt erscheine"), die er selbst im § 53 S. 92 f. mit Recht verwirft, und stützt seine Ansicht auf eine Stelle (l. 23 § 3 de s. p. r.), welche in der That nicht für sie spricht. Denn wenn die l. 23 § 3 bei einer Theilung des herrschenden Grundstückes sagt »omnes partes servitus sequitur«: so geht daraus keineswegs hervor, „daß ungeachtet der Theilung des Grundstücks doch nur eine und dieselbe Servitut vorhanden ist"; vielmehr besagen diese Worte, daß das Recht selbst (»servitus«, nicht bloß seine Ausübung) nun jedem Theile als sein besonderes Recht zukomme, ein Sinn, der noch unzweifelhaft durch die l. 6 § 1 quemadm. serv. am. 8, 6 bewiesen wird, welche jenes »sequitur« dahin näher erklärt: »Si divisus est fundus inter socios regionibus, quod ad servitutem attinet, quae ei fundo debebatur, perinde est, atque si ab initio duobus fundis debita sit, et sibi

quisque dominorum usurpat servitutem, sibi non utendo deperdit, nec amplius in ea re causae duorum fundorum miscentur«. Bangerow giebt selbst die in dieser Stelle gezogene Konsequenz (s. Lit. b) zu, womit aber seine Ansicht ganz unvereinbar ist.

b. Da hiernach bei einer realen Theilung des herrschenden Grundstücks die Dienstbarkeit für jedes abgetheilte Stück in mehrere, von einander unabhängige Servituten zerfällt: so kann der Eigenthümer des einen Stücks gültig auf die ihm zukommende Dienstbarkeit verzichten, auch sie durch Verjährung verlieren, während der Eigenthümer des anderen Stückes sie für dieses behält; l. 6 § 1 cit.

c. War die Dienstbarkeit, welche dem ungetheilten Grundstücke zukam, nach dem Bedürfnisse desselben oder sonst in ihrem Maße beschränkt: so bestimmt sich nach der realen Theilung des Grundstücks der Umfang, in welchem nun die Dienstbarkeit jedem abgetheilten Stücke zusteht, nach dessen Bedürfnis und darf die dienende Sache nicht in einem größeren Umfange und Maße belastet werden, als sie es durch die vor der Theilung bestandene Dienstbarkeit war; z. B. wenn dem herrschenden Grundstück ein Weiderecht für 100 Schafe zustand, und das Grundstück in zwei Grundstücke abgetheilt wurde: so kommt zwar jedem Eigenthümer der letzteren das Weiderecht zu, aber nicht jedem für 100 Schafe. Es muß vielmehr in solchen Fällen die Dienstbarkeit nach jenen Gesichtspunkten in verschiedene beschränktere Dienstbarkeiten für die abgetheilten Grundstücke getheilt werden (vergl. auch Lit. C); D. de s. p. r. 8, 3 l. 25: »Si partem fundi mei certam tibi vendidero: aquaeductus ius . . te quoque sequetur; . . sed pro modo agri retenti aut alienati fiet eius aquae divisio«. Zwar behauptet Bangerow a. O. (oben Lit. a), in den letzteren Worten werde nicht eine Theilung des ius aquaeductus, sondern bloß eine Theilung des Ertrags der Servitut angenommen; allein der ganze Zusammenhang der Stelle ergiebt, daß in ihr »eius aquae divisio« auf »aquaeductus ius« sich bezieht, wie überhaupt durch »aqua« und »servitus aquae« die servitus aquaeductus bezeichnet wird, vgl. z. B. D. quemadm. serv. am. 8, 6 l. 10 § 1, de aqua 39, 3 l. 17.

d. Von selbst versteht es sich, daß wenn eine Dienstbarkeit bloß an einen bestimmten, abgegrenzten Theil des herrschenden Grundstücks geknüpft ist und das Grundstück in mehrere getheilt wird, nun die Dienstbarkeit bloß dem Grundstück zukommt, welches jenen abgegrenzten Theil enthält; wenn z. B. einem gemeinschaftlichen Hause ein Aussichtsrecht bloß für die drei letzten Fenster der rechten Fronte zukommt und die zwei Eigenthümer das Haus mittelst Ziehen einer Wand zwischen der rechten und linken Hälfte unter sich real theilen: so steht nun die Servitut bloß dem Eigenthümer des rechten Theiles zu.

4) Wird das dienende Grundstück in mehrere Grundstücke unter verschiedene Eigenthümer getheilt, so theilt sich in der Regel auch die Dienstbarkeit in besondere, jedes abgetheilte Stück belastende Dienstbarkeiten; D. quemadm. serv. am. 8, 6 l. 6 § 1 von den Worten »Sed si is fundus, qui servierit« ꝛc. an bis an das Ende.

Gattungen der Servituten.

§ 152.

(Arndts § 177.)

Diese bestimmen sich nach den in § 150 (Nr. II 1) entwickelten Gesichtspunkten. Die Servituten sind hiernach entweder Personal- oder Realservituten. Die einzelnen Servituten aber, welche unter die eine oder andere dieser Gattungen fallen, können verschiedenen materiellen Inhalts sein und dann können sie (die einzelnen unter

dieſe Gattungen fallenden Servituten) ſein: affirmative oder negative[1]; ferner ſog. continuae, ſtändige, die ihrer Natur nach eine ununterbrochene Ausübung haben, oder ſog. discontinuae, intermittirende Servituten, welche nur in einzelnen getrennten Akten ausgeübt werden[2].

Die Perſonalſervituten.

Allgemeine Grundſätze.

§ 153.

Die Perſonalſervituten[1] ſind, wie die Servituten überhaupt, dingliche Rechte an der dienenden Sache[2]. Ihre Eigenthümlichkeiten aber (durch die ſie ſich von den Realſervituten unterſcheiden) liegen im Folgenden:

I. Sie ſind ſog. iura personalissima[3], d. h. an den konkreten Berechtigten gebunden. Zwar kann dieſer die Servitut wohl bei Lebzeiten verlieren, z. B. durch Verzicht oder durch Verjährung; aber ſie dauern nie über ſein Leben hinaus und ſind nicht an Andere vererblich. Alſo

a. Wenn der Berechtigte ſtirbt, ſo erliſcht die Servitut. Zwar kann man Jemandem eine Perſonalſervitut ausdrücklich für ihn und ſeine Erben einräumen; dann ſind es aber zwei Servituten, ſo daß nach ſeinem Tod bei ſeinem nächſten Erben eine ganz neue Servitut anfängt, die ſodann mit deren Tode erliſcht, alſo niemals auf den Erbes-Erben übergeht[4]. Iſt die Perſonalſervitut einer Perſon beſtellt, die nicht ſtirbt, d. h. einer juriſtiſchen Perſon, ſo dauert ſie 100 Jahre[5].

b. Der Berechtigte kann zwar die Ausübung ſeiner Perſonalſervitut in der Regel einer anderen Perſon überlaſſen, ſo daß dann

---

[1] S. oben § 148 Nr. III 1.

[2] Näheres darüber ſ. oben § 150 Beil. und unten § 157.

[1] S. oben § 150 Nr. II 1 a.

[2] Es gilt daher von ihnen ganz das oben in § 148 und § 150 Nr. I u. II 2 ff. Ausgeführte.

[3] Vgl. oben § 38 Nr. IV (Th. I S. 187).

[4] D. de V. O. 45, 1 l. 38 § 10—12; de leg. I (30) l. 39 § 4; Cod. de usufr. 3, 33 c. 14. Meine Abhandlung über das Superficiar- oder Platzrecht (1868) S. 201—204.

[5] D. de usufr. 7, 1 l. 56.

dieſe den Nutzen der Perſonalſervitut für ſich ziehen und von allen Befugniſſen des Berechtigten Gebrauch machen kann; allein die Servitut ſelbſt kann er nicht an eine andere Perſon veräußern, ſo daß ſie nun ein dieſer zuſtehendes Recht würde. Die praktiſche Folge davon iſt, daß die Erlöſchung des Rechts ſich ſtets nach ſeinem Tode richtet, alſo, wenn er z. B. die Ausübung ſeines Rechts einem Dritten überließ, dieſer die Ausübung nur ſo lange hat, als der Überlaſſende lebt[6].

II. Perſonalſervituten können nicht bloß an Grundſtücken, ſondern auch an Mobilien beſtellt werden[7].

III. Die Quellen führen vier Befugniſſe unter techniſchen Namen auf, als Fälle der Perſonalſervituten, nämlich 1) ususfructus; 2) usus; 3) habitatio; 4) operae servorum et animalium. Allein die habitatio iſt bei uns nicht mehr eine unter beſonderen Rechtsgrundſätzen ſtehende Servitut[8]. Die operae servorum fallen natürlich bei uns weg; was aber die operae animalium betrifft[9], ſo ſagen die Quellen gar nicht, wie und wodurch ſie ſich von usus animalium unterſcheiden ſollen. Wenn daher bei uns Jemand einem Andern die Dienſte ſeines Pferdes als Servitut vermachen würde, ſo wäre dies lediglich als servitus usus zu behandeln. So bleiben von jenen Perſonalſervituten bei uns nur praktiſch: ususfructus und usus. Man kann dieſe bezeichnen durch benannte Perſonalſervituten im Gegenſatz zu Nr. IV. Sie können nur als Perſonalſervituten beſtellt werden[10], niemals als Realſervituten, weil ſie zu einem herrſchenden Grundſtück gar nicht eine unmittelbare Beziehung haben können, und ſie über deſſen Intereſſen ganz hinausgehen würden[11], und beſonders weil bei ihnen der Berechtigte beinahe allen Nutzen und Vortheil von der dienenden Sache hat, ſomit das Eigenthum der dienenden Sache beinahe allen Werth verlieren würde, wenn die Servitut ſo lange dauern ſollte, als ein praedium dominans beſteht[12].

---

[6] D. de usufr. 7, 1 l. 12 § 2; I. eod. 2, 4 § 3.

[7] D. l. c. l. 3 pr.; z. B. der Nießbrauch eines Pferds, eines Wagens ꝛc.

[8] S. unten § 156 Beil. II.

[9] Von dieſem iſt bloß in D. usufr. quemadm. 7, 9 l. 5 § 3 die Rede.

[10] Unſere älteren Civiliſten bezeichneten ſie daher gewöhnlich durch servitus personales regulares.

[11] S. oben § 157.

[12] D. de usufr. 7, 1 l. 3 § 2; I. e. t. 2, 4 § 1 a. E.

IV. Von selbst aber versteht sich, daß

a. jede andere Befugnis, wenn sie für eine konkrete Person Interesse hat, ihr als Personalservitut eingeräumt werden kann. Die Quellen fassen dies dann als einen geminderten usus oder ususfructus auf; z. B. wenn ich mir für meine Person als dingliches Recht die Befugnis bestellen lasse, alle Abende in dem Garten des N. spazieren zu gehen, so würde dies eben als servitus usus zu betrachten sein, aber bloß in der Beschränkung aufs Spazierengehen. Auch können natürlich

b. die Befugnisse, die in unseren Quellen als Beispiele von Realservituten vorkommen, Jemandem wohl als bloße Personalservitut bestellt werden. Nur erlischt sie dann eben mit dem Tode des Berechtigten[13].

Die Älteren nennen meist die Personalservitut in den Fällen von a. und b. eine irregularis im Gegensatz zu den Fällen unter Nr. III., welche sie auch durch servitus personalis regularis bezeichnen, was aber unnöthig und irreführend ist[14]. Richtiger wird sie durch unbenannte Personalservitut bezeichnet.

Der Nießbrauch. Servitus ususfructus.

§ 154.

(Arndts §§ 178—180.)

A. Begriff und Arten des Nießbrauchs. Im Eigenthum liegt unter Anderem auch die Befugnis, die Sache auf jede Weise zu gebrauchen und alle Früchte aus ihr zu ziehen[1]. Dieses Recht des Eigenthümers nannten die älteren Civilisten auch ususfructus, aber im Gegensatz zur servitus ususfructus einen ususfructus causalis, weil es im Eigenthum seine causa habe, oder coniunctus, weil es mit dem Eigenthum verbunden sei; zum Unterschied davon nannten sie dann die servitus ususfructus einen ususfructus formalis oder separatus. Allein diese Bezeichnungen sind schief und irreführend. Das Recht des Gebrauchs und Frucht-

[12] D. de servit. praed. rust. 8, 3 l. 4, l. 6 pr. (verbis: »sed si« ꝛc.); de aqua quotid. 43, 20 l. 1 § 43.

[13] Vgl. Arndts § 177 und Dangerow Pand. I § 339 (7. Ausg. S. 697 f.).

[1] S. oben § 118.

genusses, das an sich neben anderen Herrscherrechten im Eigenthum liegt, ist gar nicht ein besonderes Recht für sich, sondern eben einer der vielen Ausflüsse der rechtlichen Herrschaft, die dem Eigenthümer zukommt[2]. Wenn aber das Recht des Gebrauchs und Fruchtgenusses auf einen Dritten, dem die Sache nicht gehört, als ius in re (als dingliches Recht) übertragen wird, dann erst entsteht das besondere Recht des ususfructus, die servitus ususfructus[3].

Die servitus ususfructus ist nämlich das an eine bestimmte Person gebundene dingliche Recht an einer fremden Sache, vermöge dessen sie jeden ordnungsmäßigen Gebrauch von ihr zu machen und alle ihre Früchte zu ziehen befugt ist[4]. Gleichbedeutend mit diesem ususfructus ist unser deutscher Nießbrauch, Nutznießung. — Gegenstand eines solchen Nießbrauchs kann nach diesem Begriff bloß sein eine nicht verzehrbare Sache[5], da ja der Nießbraucher nur ein Gebrauchs- und Nutzungsrecht, aber nicht ein Verbrauchsrecht an der Sache hat. Indessen ist es doch zugelassen, daß auch an verzehrbaren Sachen[6] unter dem Namen ususfructus oder Nießbrauch ein Recht bestellt werden kann, das aber eigentlich gar kein Nießbrauch ist[7]. Man muß daher unterscheiden den eigentlichen und wahren Nießbrauch an nicht verzehrbaren Sachen und den uneigentlichen Nießbrauch, den quasi-ususfructus, den Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen.

B. Rechtsverhältnisse beim wahren Nießbrauch[8]. Hier ist besonders auf Folgendes aufmerksam zu machen.

I. Der Nießbraucher hat das Recht, die Sache ordnungsmäßig zu gebrauchen (z. B. das Haus zu bewohnen), sie zu bebauen und alle Früchte aus ihr zu ziehen, — und zwar

1) kann er sich die natürlichen Früchte unbeschränkt aneignen und sie zu seinem Vortheil verwerthen und verbrauchen[9]. Was zu diesen Früchten gehört, bestimmt sich ganz nach dem allgemeinen

---

[2] Vgl. oben § 118. — D. s. usufr. pet. 7, 6 l. 5 pr.

[3] D. de usufr. 7, 1 l. 63 und über diese Stelle oben § 68 Beil. I (Th. I S. 318).

[4] I. de usufr. 2, 4 pr.; D. h. t. 7, 1 l. 1, 2.

[5] S. § 63 (Th. I S. 289).

[6] Th. I S. 290. [7] S. unten § 155.

[8] Darüber s. Arndts § 179, 180. — Über die Theilbarkeit des Nießbrauchs s. oben § 151 Beil. Lit. B.

[9] D. h. t. 7, 1 l. 7 pr. § 2 l. 9 pr. § 2, 5 l. 68.

Fruchtbegriff[10]; nur mit der Abweichung, daß der Nießbraucher auch sog. Fallholz und Windbrüche sich aneignen darf, aber nur so weit er es für sich und für die Sache, an welcher er den Nießbrauch hat, benutzen kann[11]; wogegen er natürlich, wenn er den Nießbrauch eines Waldes hat, den Holzhieb nach ordnungsmäßigen Forstgrundsätzen zu seinem unbeschränkten Nutzen ausüben kann, also auch das ihm überflüssige Holz verwerthen darf[12].

Das Eigenthum an den natürlichen Früchten erwirbt er aber erst durch Perception. Junge Thiere erwirbt er schon, sobald sie geworfen sind, wenn er das Mutterthier in Händen hat[13].

2) Er darf auch bürgerliche Früchte aus der Sache ziehen, z. B. sie vermiethen, verpachten[14]. War aber die Sache schon an Jemanden vermiethet, als er sie in den Nießbrauch bekam, so kann er von diesem das Miethgeld nicht ansprechen, weil er ja mit ihm nicht kontrahirt hatte; er kann es nur dann und zwar nur für die Folgezeit (wenn ihm der Besteller des Nießbrauches nicht sein Recht abgetreten hat) ansprechen, wenn er mit ihm den Vertrag erneuert. Aber er kann, wenn er Letzteres nicht will, vermöge seines dinglichen Rechts (an der Sache) den Miether sofort austreiben, da er ja demselben nicht obligirt ist, und an Dritte vermiethen[15].

3) Die Frage, wie es mit den Früchten des Jahres geht, in welchem der Nießbrauch endigt, also in der Regel des Jahres, in welchem der Nießbraucher stirbt, entscheidet das gemeine Recht konsequent dahin:

a. bei natürlichen Früchten kommt es lediglich auf die Perception an. Die Früchte, welche der Nießbraucher vor Endigung seines Rechts percipirt hatte (Nr. 1), verbleiben ihm; die (Früchte) aber, welche er noch nicht percipirt hatte, kann er nun nicht mehr percipiren, weil sein Recht erloschen ist. Wenn er daher z. B. noch vor der Ernte stirbt, so dürfen seine Erben nicht ernten; denn das Recht des Fruchtgenusses ist sofort mit seinem Tod an den Eigenthümer der Sache wieder zurückgefallen und dieser hat von da an allein das Recht

---

10 S. oben § 66 Beil. (Th. I S. 305).
11 D. h. t. l. 12 pr.
12 S. auch Bangerow I 838 f. D. h. t. l. 9 § 7; de usu 7, 8 l. 22 pr.
13 Also separatione; I. de rer. div. 2, 1 § 37. — Arndts § 179 Note c.
14 D. h. t. l. 7 § 1, l. 59 § 1.
15 D. l. 59 § 1 cit.; locati 19, 2 l. 32. Vgl. oben § 36 Nr. III (Th. I S. 180).

die Früchte zu ziehen; nur muß er (den Erben des Nutznießers) die Saat- und Baukosten, die der Nutznießer etwa noch darauf verwendet hatte, ersetzen [16].

b. Hatte der Nießbraucher die Sache vermiethet oder verpachtet [17], und sein Nießbrauch endigt vor Ablauf des Vertrags, so kann er oder sein Erbe den Mieth- oder Pachtzins vom conductor nur in so weit fordern, als dieser ihn bis zum Endigungstage des Nießbrauchs (Todestage) schuldig geworden war. Schuldig wurde er ihn aber nur in so weit, als er bis dahin den ihm eingeräumten Nutzen wirklich zog. Hieraus folgt: er kann vom Pachter ꝛc. [18] den Pachtzins des letzten Jahres in dem Verhältnis verlangen, in welchem dieser die Früchte der verpachteten Sache bereits gezogen hatte, also z. B. die Hälfte des Pachtgeldes, wenn der Pachter die Hälfte der Früchte geerntet hatte; gar Nichts: wenn der Nießbrauch vor der Ernte erlosch. Vom Miether hingegen kann er, da dieser den Gebrauch der Sache jeden Augenblick vollständig zieht, den Miethzins für die ganze Zeit bis zum Tage der Endigung des Nießbrauches ansprechen.

Für die spätere Zeit aber kehrt das Recht auf den Genuß an den Eigenthümer zurück, und dieser kann, da er nun durch einen fremden Nießbrauch nicht mehr beschränkt ist, auch dem Miether und Pachter des Nießbrauches sich nicht obligirt hat, sofort diese (den Pachter und Miether) austreiben oder mit ihnen einen neuen Vertrag schließen [19].

c. Sind die Früchte anderer Art, wie z. B. Laudemien, Grundzinsen u. dergl., so kommt es nach gemeinem Recht auf ihren Verfalltag an. Endigt sich das Recht des Nießbrauchers vor diesem Tage, so hat er keinen Anspruch auf dieselben [20].

II. Ein Verfügungsrecht über die Substanz der Sache hat der Nießbraucher in der Regel nicht. Denn ein solches Recht liegt (der Natur der Sache nach) nicht im bloßen Gebrauchen und Benutzendürfen. Auch ist ja der Eigenthümer, an den der Genuß der Sache jedenfalls mit dem Tod des Nießbrauchers zurückfällt, sehr dabei interessirt, daß ihm die Sache nicht auf eine Weise geändert werde, die

---

[16] D. quib. mod. usufr. 7, 4 l. 13; I. de rer. divis. 2, 1 § 36. Vgl. Arndts § 179 Note d.

[17] S. unten § 209 Beil. I. [18] S. unten § 209 a. a. O.

[19] D. h. t. l. 58 pr., l. 26; locati 19, 2 l. 9 § 1. Meine Erörterungen I 73—78. Zum Theil andere Grundsätze stellt hier das sächsische Recht auf.

[20] Meine Erörterungen I S. 80 f.

gegen seine Wünsche oder Interessen ist. Deßhalb darf der Nießbraucher über die Substanz nur so weit disponiren, als es nöthig ist, um den Gebrauch, zu dem die Sache bestimmt ist, machen zu können; er darf auch, wenn die Sache keine Bestimmung hat, ihr eine solche geben, z. B. ein unbebautes Feldstück zu einem Weinberg machen. Aber er darf nicht die Bestimmung, welche die Sache hatte, ändern, z. B. nicht eine Wiese, die er in Nießbrauch bekam, in einen Weinberg, einen Lustgarten nicht in einen Krautgarten verwandeln, im Hause nicht die Zimmer vergrößern oder verkleinern, den Eingang umbauen u. dergl. Wohl aber darf er einzelnen Theilen eine andere Bestimmung geben, wenn dadurch das Ganze gewinnt und die Vorkehrung in einer der Natur der Sache angemessenen bloßen Verwaltung der Sache liegt, z. B. bei einem großen Landgut eine Wiese in einen Acker oder in einen Weinberg umwandeln, nicht aber ein angefangenes Haus ausbauen [21].

III. Der Nießbraucher hat die Pflicht, die Sache ordnungsmäßig zu gebrauchen und haftet für jede culpa in Behandlung und Bewahrung der Sache. Für Zufälle aber haftet er nicht (denn er ist nur debitor speciei [22]), und nicht für die Folgen des ordnungsmäßigen Gebrauchs, weil er zu diesem befugt ist [23].

IV. Er ist verbunden, zumal da ihm, um sein Recht ausüben zu können, die Detention der Sache anzuvertrauen ist, dem Eigenthümer eine Real-Kaution (durch Bürgen oder Pfand) wegen gehöriger Behandlung der Sache und ordnungsmäßiger Zurückgabe (nach Erlöschung des Nießbrauches) zu stellen [24]. Stellt der Nießbraucher nicht die Kaution, so kann der Eigenthümer ihm die Sache so lange vorenthalten, oder, wenn er sie ihm schon übergeben hat, sie vindiciren (bis er sie stellt) [25].

---

[21] D. h. t. 7, . 13 § 4, 7, 8; l. 44, l. 61. Vgl. Arndts § 179 Nr. 2.

[22] S. unten § 195.

[23] Geht daher die Sache durch Zufall zu Schaden, oder wird sie durch ordnungsmäßigen Gebrauch allmählich ganz abgenutzt, so hat er dafür Nichts zu ersetzen. D. usufr. quemadm. 7, 9 l. 1 pr. § 3, 6; l. 2.

[24] D. l. 1 pr. cit. (7, 9) § 3, 6. — Aus dieser cautio usufructuaria kann dann der Eigenthümer (mit einer persönlichen Klage) gegen ihn klagen auf Zurückgabe der Sache nach Beendigung des Nießbrauchs und Ersatz des Schadens, den die Sache etwa durch seine culpa litt.

[25] D. l. c. l. 7 und h. t. l. 13 pr. Näheres s. bei Arndts § 180 Note m—q und Anm. 3. — Über Das, was Arndts § 179 Nr. 3 a. E. u. in Anm. 5 sagt (servitus servitutis) s. oben § 150 Nr. II 2 und über Arndts § 179 Nr. 3 im Anf.,

Quasi-Nießbrauch (Uneigentlicher Nießbrauch).

§ 155.

(Arndts § 181.)

An verbrauchbaren Sachen[1] iſt eigentlich ein Nießbrauch nicht möglich, da ihr ordnungsmäßiger Gebrauch im Verbrauchen beſteht. Daraus würde folgen, daß wenn ein Erblaſſer den Nießbrauch ſeines ganzen Vermögens oder an einer Quote des Vermögens einem Dritten vermacht, dieſes Vermächtnis in Bezug auf die verzehrbaren Sachen, die zum Nachlaß gehören, z. B. Geld, Wein u. dergl., ungültig wäre, und ſo wurde es auch lange Zeit im römiſchen Recht gehalten. Da Dieſes aber doch entſchieden der Abſicht des Erblaſſers widerſprach, ſo drang allmählich die Anſicht durch, daß ſolche Vermächtniſſe gelten und überhaupt auch an verzehrbaren Sachen die Beſtellung eines Rechts unter dem Namen ususfructus zuläſſig ſein ſoll und dies wurde auch durch ein senatusconsultum, das wohl in die erſten Kaiſerzeiten fiel, beſtätigt[2]. Freilich iſt der Nießbrauch an ſolchen verbrauchbaren Sachen eigentlich kein Nießbrauch, ſondern ein ganz anderes Recht, das aber unter dem Namen Nießbrauch gültig beſtellt werden kann. Deßhalb bezeichnen die Quellen es durch quasi ususfructus, oder umſchreibend durch ususfructus earum rerum, quae usu consumuntur[3]. Wenn daher Jemand den Nießbrauch am Vermögen einer Perſon hat, ſei es vermöge Vermächtniſſes, oder vermöge Geſetzes (wie der Hausvater an den Adventitien ſeines Hauskindes), und dieſes Vermögen, was gewöhnlich der Fall ſein wird, aus verzehrbaren und nicht verzehrbaren Dingen beſteht, ſo iſt ſein Nießbrauch ein doppelter: an den nicht verzehrbaren ein wahrer Nießbrauch[4], an den verzehrbaren bloß ein Quasi-Nießbrauch, bei dem ganz Anderes gilt.

Das Rechtsverhältnis bei dieſem Quasi-Nießbrauch iſt nämlich dem eines unverzinslichen Darlehns ähnlich. Denn es gilt bei ihm Folgendes:

ſ. oben § 153 Nr. I b. — Über die Theilbarkeit des Nießbrauchs ſ. oben § 151 Beil. Lit. B.

[1] Vgl. oben § 63 (Th. I S. 289). [2] D. de usufr. ear. rer. 7, 5 l. 1.

[3] D. de usufr. ear. rer. 7, 5 l. 2 § 1 l. 11; I. de usufr. 2, 4 § 2. Arndts l. c. Anm. 1.

[4] Bei dieſem treten dann die Grundſätze des § 154 ein.

1) Der Quasi-Nießbraucher hat das Recht, die Sachen zu verzehren, weil er ja sonst nicht einen vernünftigen Gebrauch davon machen könnte. Er wird daher Eigenthümer der Sachen, sobald sie ihm vom Eigenthümer oder dessen Vertreter zum Zweck des Nießbrauchs tradirt sind[5], und darf ganz frei über sie verfügen. Aber

2) die Beendigung seines Rechts bestimmt sich nach Nießbrauchsgrundsätzen, tritt also jedenfalls[6] mit seinem Tode ein und heißt so viel: er oder sein Erbe muß dann dem gewesenen Eigenthümer der Sachen oder dessen Erben tantundem zurückgeben, d. h. eben so viel andere Sachen von gleicher Art und Güte, wie die empfangenen; doch ist ihm dabei die Wahl eingeräumt, statt dessen den Werth zu zahlen, den die Sachen zu Anfang des Nießbrauchs hatten. Sein Vortheil besteht also eigentlich darin, daß er das Empfangene für die Zeit des Nießbrauchs nicht zu verzinsen hat.

3) Für diese Verbindlichkeit muß er Real-Kaution, wie jeder Nießbraucher, leisten. Die Klage, mit der das unter Nr. 2 Bezeichnete von ihm gefordert werden kann, ist eine Klage aus dieser Kaution oder auch eine condictio sine causa.

4) Der Quasi-Nießbraucher trägt die Gefahr der Sachen, sobald sie ihm übergeben sind; er muß daher, wenn sie bei ihm durch Zufall zu Grunde gehen, doch das unter Nr. 2 Angeführte leisten; denn er hat ja nicht (wie ein wahrer Nießbraucher) das Empfangene in specie zurückzugeben, sondern ganz andere Sachen von gleicher Güte oder den Werth, ist also bloß generischer Schuldner, debitor generis[7].

Sind Kapitalien Gegenstand eines Nießbrauchs, so stehen auch sie im Zweifel im Quasi-Nießbrauch[8]. — Endlich kann auch dem

---

[5] Vgl. oben § 131 (traditio ex iusta causa).

[6] Wenn nicht ein früherer Zeitpunkt festgesetzt ist, oder das Rechtsverhältnis, in welchem der Nießbrauch ihm zukommt, nicht früher erlischt, z. B. die väterliche Gewalt.

[7] Vgl. unten § 195. — S. über alles Dieses I. l. c. und D. l. c. l. 2 § 1 l. 5 § 1, l. 7, 11, 12.

[8] Arndts l. c. Note c. Der Nießbraucher hat (wenn die Forderung auf verbrauchbare Sachen, also namentlich Geld geht, das Recht die Schuld einzukassiren, aber erst wenn er die cautio usufructuaria bestellt hat; trägt aber die Gefahr, d. h. muß jedenfalls wenn er einkassirt, für die Summe einstehen (vgl. Cod. de usufr. 3, 33 cst. 1; D. h. t. 7, 5 l. 3, 4). Doch wird, wenn und so lange das Kapital auf den Namen des ursprünglichen Gläubigers steht, und der Nießbraucher es nicht einkassirt oder keine Novation vornimmt, er nicht für die Gefahr, sondern bloß für culpa in exigendo haftbar. — Es kann aber auch ein Nießbrauch an einem Kapital so gegeben werden, daß der Nießbraucher bloß ein Recht auf Zinsen haben soll. Hier ist das Verhältnis nach

Schuldner an Dem, was er schuldet, ein Nießbrauch bestellt werden. Dies heißt so viel, daß er das Kapital nicht zu zahlen braucht, so lange er lebt, und daß er während dieser Zeit von Zinsen frei ist[9].

Servitus usus und habitationis.

§ 156.

(Arndts § 182.)

Der Vortheil, den man aus einer Sache, ohne sie zu zerstören oder zu veräußern, ziehen kann, besteht theils in Früchten, die sie abwirft, theils im Gebrauchen derselben. Wer den Nießbrauch hat, kann jenen doppelten Vortheil aus der Sache ziehen. Dasselbe ist der Fall, wenn man Jemandem bloß den fructus einräumt. Man kann aus keiner Sache Früchte ziehen, ohne sie bis auf einen gewissen Grad zu gebrauchen und auf sie einzuwirken; und da der fructus einer fruchttragenden Sache in der Regel die wichtigste Benutzung der Sache ist, so sagen die Römer, daß wenn man Jemandem den fructus einräume, eben damit der volle ususfructus eingeräumt werde[1]. Das Gleiche müßte bei uns eintreten, wenn man Jemandem den Fruchtgenuß, oder den Genuß einer Sache einräumt, weil auch auf diese Ausdrücke ganz die Argumentation der Römer paßt.

Wenn aber Jemandem der bloße usus, die Gebrauchsgerechtigkeit an einer Sache als Servitut eingeräumt wird: so hat er in der Regel nicht ein Recht auf den fructus, er ist bloß auf den usus, den Gebrauch der Sache beschränkt.

Beilage I.

Servitus usus ist, wenn Jemandem das Recht auf den Gebrauch einer Sache als dingliches Recht eingeräumt wird. Durch diese Servitut bekommt der Berechtigte nur ein Recht auf den Gebrauch, nicht auch auf den Fruchtgenuß der Sache (»usus sine fructu«), jedoch nach römischem Recht mit einigen Modifikationen. Über die Anwendbarkeit dieser Modifikationen bei uns und überhaupt dessen, was das römische Recht über servitus usus bestimmt, ist Streit. Manche leugnen sie ganz, Andere, wie Arndts § 182 glauben wenigstens, daß wir keinen deutschen Ausdruck haben, durch den gerade Das be-

---

den Grundsätzen des verus ususfructus zu beurtheilen (kein Recht, das Kapital einzutreiben, aber auch keine Haftung für die Gefahr). — Über den Nießbrauch an Kleidern s. oben § 63 (Th. I S. 291).

[9] D. h. t. l. 3 a. E.

[1] D. de usu 7, 8 l. 14 § 1, 2.

zeichnet werde, was das römische Recht durch »servitus usus« bezeichne. Allein Beides ist unrichtig. Zwar kommt es allerdings, wenn man Jemandem eine „Gebrauchsgerechtigkeit" bestellt, zunächst darauf an, was die Partieen unter dieser Bezeichnung verstanden. Läßt sich aber, was bei einer solchen Bestellung gewöhnlich der Fall sein wird, darüber nichts Besonderes nachweisen: so müssen wir durchaus die Grundsätze dabei anwenden, die das römische Recht über servitus usus festsetzt; denn die römischen Juristen leiteten diese Grundsätze eben aus der Bedeutung des bloßen »uti« im Gegensatz zum »frui« her, und das Gleiche folgt auch, wie sich aus dem Folgenden ergeben wird, aus dem deutschen Worte gebrauchen (im Gegensatz zum Fruchtgenuß), wie auch die Römer keinen Anstand nahmen, das Gleiche aus dem griechischen χρῆσις herzuleiten, D. de usu 7, 8 l. 10 § 1; übrigens kommen solche bloße Gebrauchsgerechtigkeiten bei uns selten vor.

Wird nämlich Jemandem bloß die Gebrauchsgerechtigkeit einer Sache eingeräumt, so kann er

1 jeden ordnungsmäßigen Gebrauch, der sich mit der Sache ihrer Bestimmung nach machen läßt, unbeschränkt machen; er ist hiebei nicht, wie häufig Ältere glaubten, auf sein Bedürfnis beschränkt; er kann z. B. ein großes Haus, an dem er die servitus usus hat, ganz bewohnen, sollte er auch die Hälfte des Raumes entbehren können; er muß aber natürlich, wenn außer dem Gebrauch die Sache keinen Nutzen abwirft, er somit alle Vortheile von der Sache allein hat, auch die Abgaben und Lasten tragen, die auf der Sache ruhen; D. h. t. 7, 5 l. 12 § 3—5 l. 18 l. 22 § 1.

2) Im bloßen Gebrauchen dürfen liegt nicht ein Recht auf Fruchtgenuß, D. l. c. l. 2 pr. l. 10 § 4 l. 12 pr.; Fruchtgenuß aber wäre es, wenn der Usuar die Ausübung seines Rechtes Anderen um Zahlung überlassen, also bürgerliche Früchte aus der Sache ziehen würde; ferner liegt, wenn mir Jemand den Gebrauch einer Sache oder eine Sache zu meinem Gebrauch einräumt, darin immer eine Beziehung auf persönliche Benutzung. Hieraus folgerten die römischen Juristen mit Recht: der Usuar darf die Sache nicht vermiethen, die Ausübung seines Rechts nicht verkaufen, auch nicht den Gebrauch der Sache unentgeltlich Anderen überlassen, sondern er muß sie selbst mit den Seinigen, d. h. mit seinen Hausgenossen und seinen Gastfreunden gebrauchen; D. l. c. l. 2 § 1 l. 3—7 l. 8 pr. l. 9 l. 10 § 4 l. 11, I. de usu 2, 5 § 1—3. Hiervon giebt es nur folgende Modifikationen:

a. Ist der Usuar gewöhnt, gewisse Sachen zu vermiethen, und es räumt ihm Jemand, der Dieses weiß, an Sachen solcher Art die Gebrauchsgerechtigkeit ein: so ist anzunehmen, daß er ihm auch das Recht zur Vermiethung habe einräumen wollen; D. l. c. l. 12 § 4.

b. Bekommt Jemand den usus eines Hauses und die Räume gehen über sein Bedürfnis hinaus: so kann er auch Theile davon vermiethen, wenn er es nur selbst mit benutzt, weil dies ja auch der Eigenthümer eines großen Hauses zu thun pflegt; D. l. c. l. 2 § 1 l. 4 pr. l. 8 pr., I. l. c. § 2.

c. Trägt die Sache natürliche Früchte, man kann sie aber auch noch zu anderen Zwecken gebrauchen, wie z. B. ein Landgut, das man auch bewohnen kann, eine Kuh, die man auch zum Ziehen gebrauchen kann: so behält der Eigenthümer das Recht auf die Früchte (muß aber die auf der Sache ruhenden Abgaben tragen, D. l. c. l. 18); der Usuar darf in einem solchen Falle die Sache bloß gebrauchen, nicht auch die Früchte derselben sich aneignen (I. l. c. § 4), außer so weit etwa aus den Umständen anzunehmen ist, daß der Besteller des Rechts unter der Einräumung des Gebrauchs auch die Benutzung der Früchte zum persönlichen Gebrauch des usuarius, d. h. zum Bedürfnis für ihn und seine Hausgenossen verstanden habe; D. l. c. l. 12 § 1, 2 l. 15 pr.; I. l. c. § 1.

3) Läßt die Sache gar keinen anderen vortheilhaften Gebrauch, als eben den Fruchtgenuß zu: so liegt in der Bestellung einer „Gebrauchsgerechtigkeit" an solchen Sachen eben die Einräumung eines Nießbrauchs; z. B. wenn ich die Gebrauchsgerechtigkeit an einem Walde oder an einem Acker einräume:

so habe ich offenbar eben den Nießbrauch des Waldes oder des Ackers einräumen wollen; (D. l. c. l. 22 pr.) und ebenso versteht es sich

4) von selbst, daß wenn man Jemandem den Gebrauch verzehrbarer Sachen (oben § 62 Beil. u. § 63 Th. I S. 288 f.) einräumt, z. B. von Geld oder Wein, damit eben ein Quasi-Nießbrauch eingeräumt ist, weil ja der ordentliche Gebrauch solcher Sachen nur in ihrem Verbrauchen bestehen kann; D de usu ear. rer. 7, 5 l. 5 § 2 l. 10 § 1. S. auch oben § 81 Nr. II 3 Th. I S. 405).

5) Der Usuar hat natürlich die Verpflichtung zum ordnungsmäßigen Gebrauch und zur Kautionsleistung, ganz wie ein Nießbraucher. D. usufruct. 7, 9 l. 5 § 1.

Beilage II.

Servitus habitationis. Das Recht, ein fremdes Wohngebäude zu benutzen, kann als dingliches Recht in verschiedenem Sinne bestellt werden, nämlich

I. als usus fructus aedium; hier kann der Berechtigte das Haus auf jede ordnungsmäßige Weise benutzen, also es selbst bewohnen, an Andere vermiethen und bürgerliche Früchte daraus ziehen, die Ausübung der Servitut Anderen um Bezahlung oder unentgeltlich überlassen; D. de usufr. 7, 1 l. 12 § 2.

II. als usus aedium; hier muß er die Wohnung selbst persönlich benutzen; thut er dies: so kann er auch Anderen Theile daran um Geld oder unentgeltlich zum Gebrauch überlassen (s. oben Beil. I Nr. 2 b).

III. Es kam aber bei den Römern auch vor, Jemandem ein Wohnungsrecht unter der Bezeichnung »habitatio« oder »usus« oder »ususfructus habitandi causa« zu bestellen. Über die Bedeutung einer solchen Bestellung

1) waren die römischen Juristen verschiedener Ansicht, namentlich ob dies ein usus fructus aedium oder ein usus aedium oder eine dritte besondere Servitut sei, oder gar ob durch Einräumung einer habitatio das Eigenthum der Sache selbst eingeräumt werden wolle; D. de usu 7, 8 l. 10 pr. § 1—3 C. de usufr. 3. 33 cst. 13 init. Aber vorherrschend war wohl die Ansicht, daß eine solche »habitatio« als usus zu behandeln sei, jedoch mit der Modifikation, daß bei ihr in zwei Punkten die strengen civilistischen Grundsätze, die beim usus wie auch beim ususfructus galten, nicht anzuwenden seien; sie soll nämlich nicht durch capitis deminutio und nicht durch Verjährung verloren gehen; D. l. c. l. 10 pr.

Diese Modifikationen erklären Viele nach dem Vorgange von Thibaut (Arndts § 182 Anm. 2) daraus, daß bei den Römern gerade »habitatio« der Ausdruck gewesen sei, unter dem man einem Armen eine Wohnung als Almosen iure servitutis eingeräumt habe. Dies ist aber eine unbeweisbare Hypothese, der auch das Beispiel in D. d. donat. 39, 5 l. 27 entgegensteht. Außerdem behauptet man noch gewöhnlich eine dritte Eigenthümlichkeit der habitatio, nämlich der Erbe des Eigenthümers könne die vom Letzteren bestellte habitatio willkürlich widerrufen. Dies soll stehen in D. l. c. l. 32. Allein es steht in der That nicht in dieser Stelle; denn sie handelt bloß von einer wegen Nichtbeachtung der nöthigen Form ungültigen Schenkung, welche natürlich weder für den Schenker noch für den Erben des Schenkers verbindlich ist. Savigny Syst. IV § 153, Note m., vgl. auch Dessen Vermischte Schriften I S. 364 ff.

2) Jene Streitfrage der römischen Juristen über die Natur der »habitatio« entschied am Ende Justinian dahin: Wenn Jemandem die »habitatio« eines Hauses eingeräumt wurde: so soll er nicht das Eigenthum des Hauses bekommen, außer es könne klar bewiesen werden, daß der Eigenthümer unter diesem Ausdruck ihm habe das Eigenthum selbst zuwenden wollen; der habitator solle aber auch nicht so beschränkt sein, wie ein usuarius, sondern die habitatio solle eine ganz besondere Servitut bilden, bei welcher der Berechtigte das

Haus wie ein Nießbraucher vermiethen, also bürgerliche Früchte daraus ziehen, nur nicht unentgeltlich es Anderen überlassen dürfe. C. de usufr. et habit. 3, 33 cst. 13; I. e. t. 2, 5 § 5.

Sichtlich aber gründet sich diese ganze Unterscheidung der »habitatio« vom »usus« und »ususfructus« aedium bei den römischen Juristen und bei Justinian darauf, daß, wenn man sich des technischen Ausdrucks usus oder ususfructus nicht bediene, sondern bloß des vulgären, nicht juristischen, mehr faktischen »habitatio«, die Anwendung gewisser Grundsätze, die bei jenen Servituten galten, unangemessen sei und eine freiere Behandlung des Verhältnisses statt haben sollte. Da aber hiernach die Unterscheidung der »habitatio« als einer besonderen Servitut wesentlich mit dem römischen Sprachgebrauche zusammenhängt: so können wir das bei ihr Geltende bei uns nicht anwenden und somit eine besondere servitus habitationis bei uns nicht annehmen, s. auch Puchta, Pand. § 179; Sintenis Civilrecht I Nr. III S. 566 (nur ist es unklar, was Sintenis mit den letzten Worten, unter Nr. III meinte).

IV. Hiernach kann man bei uns in Beziehung auf Benutzung einer Wohnung bloß zwei Servituten: Nießbrauch und Gebrauchgerechtigkeit unterscheiden. Wenn ich z. B. Jemandem in meinem letzten Willen vermache: „die Wohnung in meinem Hause" oder die „Bewohnung meines Hauses" oder ein „Obdach in meinem Hause" oder den „Gebrauch des Hauses" oder „der Wohnung": so ist dies eben ein usus aedium, und es treten die in der Beil. I ausgeführten Grundsätze ein. Vermache ich dagegen Jemandem „die Nutzung" oder „die Nutznießung" oder „den Genuß" oder „den Nießbrauch meines Hauses" oder „meiner Wohnung": so treten die Grundsätze vom ususfructus aedium (Nr. I) ein. Vermache ich aber Jemandem „meine Wohnung" oder „mein Haus": so liegt darin ein Vermächtnis der Sache selbst, d. h. es ist ihm das Eigenthum des Hauses vermacht. — Wohl zu unterscheiden von jenen Servituten ist aber ein bloßes Miethrecht an einem Hause; miethe ich eine Sache: so bekomme ich gar kein dingliches Recht an derselben, sondern bloß ein persönliches Recht gegen den Vermiether und seine Universalnachfolger. Wer daher dem Vermiether titulo singulari im Eigenthum der Sache nachfolgt, ist an jene Obligation des Vermiethers nicht gebunden und kann mich austreiben.

Die Realservituten.

Allgemeine Grundsätze.

§ 157.

(Arndts § 183.)

Die Realservituten oder Grunddienstbarkeiten[1] werden in den Quellen sehr oft durch servitutes schlechtweg bezeichnet[2], weil sie die häufigsten Servituten sind. Es gelten bei ihnen natürlich durchaus die oben (in § 149, § 150) ausgeführten allgemeinen Grundsätze. Eigenthümlich aber ist ihnen Folgendes:

---

[1] S. oben § 150 Nr. II 1 b.

[2] So namentlich im Pandektentitel de servitutibus 8, 1; ebenso in dem Institutionentitel de servitut. 2, 3.

I. Sie sind dingliche Rechte, die als Realrecht an eine Sache geknüpft sind[3]; sie bilden gleichsam eine Eigenschaft der herrschenden Sache, über welche, wie über jede Eigenschaft seiner Sache der jeweilige Eigenthümer der herrschenden Sache gebieten kann; sie stehen daher nicht, wie Manche meinen, der herrschenden Sache als Recht zu, sondern lediglich dem jeweiligen Eigenthümer der herrschenden Sache, dem die Sache mit den an sie geknüpften Rechten gehört[4]. Dieser kann daher die Servitut durch Vertrag mit dem Eigenthümer der dienenden Sache aufheben, aber er kann sie nicht von der Sache weg auf eine andere Sache übertragen und nicht einmal den Gebrauch der Servitut einem Dritten überlassen, weil die Realservitut lediglich den Zwecken der Sache, für die sie bestellt worden, dienen soll[5]. Es dauert daher die Realservitut, wenn sie nicht freiwillig aufgegeben oder durch Verjährung verloren wird, so lange fort, als die herrschende und die dienende Sache existirt[6].

II. Realservituten können bloß zum Besten eines Grundstücks bestellt werden, da bloß bei einem Grundstück ein Bedürfnis dazu vorkommen kann; auch muß bei ihnen die dienende Sache ein Grundstück sein[7].

III. Die Realservitut soll den Interessen des herrschenden Grundstücks dienen; es kann daher nur eine solche Befugnis als Realservitut bestellt werden, die in einer unmittelbaren Beziehung zum herrschenden Grundstück steht, seinen Bedürfnissen oder seiner utilitas dient, sei es dadurch, daß seine Annehmlichkeit erhöht oder gesichert wird, oder für Befriedigung seiner Bedürfnisse gesorgt, oder sein Ertrag vermehrt, oder sonst sein objektiver Werth durch die unmittelbare Beziehung der Servitut zum Grundstück erhöht wird[8]. Ist eine Befugnis wirklich dieser Art, so kann sie als Realservitut bestellt werden, welches auch sonst ihr Inhalt sein mag, und ohne Rücksicht darauf, ob sie gerade für den gegenwärtigen Eigenthümer des herrschenden Grundstücks ein persönliches Interesse hat oder nicht,

---

[3] Es gilt daher bei ihnen das oben in § 38 Nr. V (Th. I S. 188) Ausgeführte.
[4] Arndts l. c. Note g und Anm. 1. Vgl. oben § 38 Nr. V.
[5] Vgl. oben § 150 Nr. II 1 b. — Arndts l. c. Note m.; D. locati 19, 2 l. 44, bei welcher Stelle nur zu beachten ist, daß servitus schlechtweg hier: Realservitut heißt.
[6] S. oben § 38 Nr. V (Th. I S. 188).
[7] D. comm. praed. 8, 4 l. 1 § 1; I. de servit. 2, 3 § 3.
[8] Arndts l. c. Note k. Vgl. oben § 150 Nr. II 1 b.

z. B. ein Blinder kann sich ganz gültig eine Aussichtsgerechtigkeit für sein Haus bestellen lassen[9]. — Hat aber eine Befugnis nicht jene Eigenschaften, steht sie nicht in einer unmittelbaren Beziehung zu den Interessen des herrschenden Grundstücks, ist sie bloß für den dermaligen Eigenthümer von Interesse, etwa wegen eines absonderlichen Geschmacks desselben, so daß also der objektive Werth des Grundstücks nicht erhöht würde, so kann sie nicht als Realservitut bestellt werden; der Inhalt einer solchen Befugnis kann nur als Personalservitut bestellt oder als bloßes persönliches Recht, als Obligation, eingeräumt werden[10].

IV. Eine Realservitut kann für ein Grundstück nur bestellt werden gegen ein praedium vicinum, d. h. das dienende Grundstück muß in einer angemessenen Nähe zum herrschenden liegen, weil nur dadurch die Servitut für jeden Eigenthümer der herrschenden Sache Werth hat und ihr objektiver Werth erhöht wird[11].

V. Die Realservitut ist auf eine bleibende Dauer berechnet, deßhalb wird zu ihr eine causa perpetua et naturalis erfordert; d. h. nur eine solche Befugnis kann als Realservitut bestellt werden, deren dauernde Ausübung durch die Beschaffenheit der betreffenden Grundstücke garantirt ist, z. B. eine servitus aquaehaustus kann als Realservitut nur bestellt werden, wenn das dienende Grundstück lebendiges Wasser hat, nicht aber wenn es nur einen Teich hat, der (nicht durch eine Quelle gespeist wird und) ausgeschöpft werden kann[12].

Nach dem älteren römischen Recht durften Realservituten weder unter einer Resolutivbedingung noch bloß bis zu einer gewissen Zeit bestellt werden[13]. Allein schon im klassischen römischen Recht wurden solche Beschränkungen indirekt in so weit als gültig behandelt, als der Inhaber der dienenden Sache sie mit einer exceptio pacti oder doli geltend machen konnte[14], und bei uns wird angenommen,

---

[9] Vgl. D. de servit. 8, 1 l. 19, bei welcher Stelle der Nachdruck auf das Wort »nobis« zu legen ist.

[10] Daraus erklärt sich l. 8 eod., wenn man nur beachtet, daß hier »servitus« Realservitut heißt.

[11] Arndts l. c. Nr. 2. — Wangerow Pand. § 340 (7. Ausg. S. 709).

[12] Arndts l. c. Note s. Wohl aber ist eine bezügliche Obligation möglich, oder auch eine Personalservitut. — Über Das, was Arndts l. c. noch unter Nr. 7 sagt, s. oben § 151 Beil. Lit. A. D 3.

[13] Dies hing wohl mit dem unter Nr. V bemerkten Grundsatz zusammen.

[14] D. h. t. 8, 1 l. 4. — Savigny III 225.

daß auch hier eben die allgemeinen Grundſätze von Reſolutivbedingungen und dies ad quem gelten[15].

Die Arten und Hauptfälle der Realſervituten.

§ 158.

(Arndts §§ 184—186.)

I. Den Realſervituten *eigenthümlich* iſt die Eintheilung[1] in *urbanae* und *rusticae*. Dieſe (Eintheilung) hat aber einen doppelten Sinn:

1) an ſich heißt servitus *urbana* oder servitus praedii urbani (ſtädtiſche — oder richtiger *Gebäude*- — Dienſtbarkeit) eine Realſervitut, bei welcher das herrſchende Grundſtück ein praedium urbanum iſt, d. h. *hier* irgend ein Gebäude oder überbauter Platz (z. B. Mauer,[2]; servitus *rustica* oder praedii rustici (ländliche — oder *Feld*dienſtbarkeit) iſt eine Realſervitut, bei welcher das herrſchende Grundſtück ein praedium rusticum iſt, d. h. irgend ein nicht überbautes freies Grundſtück, ſei es zur Gewinnung *natürlicher* Früchte beſtimmt (z. B. Acker, Wieſe, Garten) oder zu anderen Zwecken (z. B. Abladeplatz, Trocknenplatz)[3].

Zwiſchen den servitutes rusticae und urbanae in *dieſem* Sinne iſt in den *Rechts*grundſätzen kein Unterſchied. Aber die römiſchen Quellen nehmen dieſe Ausdrücke

2. auch noch in einem ganz anderen *uneigentlichen* Sinn, wonach je nach dem Inhalt der Servitut ſie bezeichnen diejenigen Realſervituten, welche ihrer Natur nach intermittirende (discontinuae ſind[4], durch servitutes *rusticae*, mögen ſie für ein praedium rusticum oder urbanum beſtellt ſein; und diejenigen Realſervituten, welche ſtändige, continuae ſind[5], durch servitutes *urbanae*, mag das herrſchende Grundſtück ein praedium urbanum oder rusticum

---

[15] *Windſcheid* Pand. § 212 Note 9.

[1] Die *Eintheilungen*, die *Arndts* § 184 Nr. 1 und 2 anführt, beziehen ſich *nicht bloß* auf *Realſervituten*, ſondern ſind Eintheilungen möglicher Eigenſchaften ſowohl der Real- als der Perſonalſervitut überhaupt, ſ. oben § 152 und § 150 Beil.

[2] Hier entſcheidet nicht die *Lage* (in einer Stadt ꝛc.); anders (was Viele damit verwechſeln) bei aedificia urbana.

[3] *Näheres* hierüber und über *Arndts* § 184 Anm. 3 ſ. in Beil. I Nr. I. II 1.

[4] S. oben § 150 Beil. Nr. I. [5] S. oben § 150 Beil. Nr. II.

ſein. Zwiſchen den servitutes rusticae und urbanae in dieſem uneigentlichen Sinne aber, alſo zwiſchen den Realſervituten, welche discontinuae ſind und denen, welche continuae ſind, beſtehen allerdings einige Unterſchiede in den Rechtsgrundſätzen[6].

II. Die römiſchen Quellen führen eine Reihe von Befugniſſen als eben ſo viele Fälle der Realſervituten auf[7]. Aber

1) es ſind dies bloß Beiſpiele, nicht erſchöpfende Fälle. Denn es kann jede Befugnis als Realſervitut beſtellt werden, welche den Erforderniſſen der Servitut überhaupt[8] und zugleich den beſonderen Erforderniſſen der Realſervitut[9] entſpricht, mag ſie unter den geſetzlichen Beiſpielen vorkommen oder nicht.

2) Die Quellen führen von jenen Beiſpielen einen Theil als servitutes rusticae auf[10], einen andern als urbanae[11]. Dies heißt aber nur ſo viel: diejenigen Realſervituten, die gewöhnlich für praedia rustica beſtellt werden, ſtellen ſie unter die rusticae und diejenigen, welche meiſt für praedia urbana beſtellt werden, führen ſie unter den urbanae auf. Man kann aber gar wohl eine Servitut, welche die Quellen als urbana aufführen, auch zu Gunſten eines praedii rustici, alſo als rustica beſtellen, z. B. eine servitus prospectus für einen Garten; oder eine Servitut, welche ſie als rustica aufführen, zu Gunſten eines praedium urbanum, z. B. einen Fußweg für ein Haus, wenn es der Ort erlaubt[12].

3) Von einigen in den römiſchen Quellen angeführten Beiſpielen der Realſervituten iſt es zweifelhaft, was der lateiniſche Ausdruck bedeuten ſoll[13]; dies iſt aber bei uns in ſo fern indifferent, als wir die Servituten deutſch beſtellen und es daher nur darauf ankommt, was für eine Befugnis die Partieen unter dem deutſchen Ausdruck verſtanden und wenn Jemand z. B. in ſeinem Teſtamente in lateiniſcher Sprache eine Servitut beſtellen würde, ſo kommt es doch hier nur darauf an, was er darunter verſteht. Die Rechtsgrundſätze aber, welche für einzelne Fälle der Realſervituten die römiſchen Quellen

---

[6] Näheres hierüber ſ. in der Beil. I Nr. II 2—4.
[7] S. Arndts §§ 185. 186.
[8] S. oben § 150 Nr. I 1.
[9] Oben § 157 Nr. II—V.
[10] Arndts § 186.
[11] Arndts § 185.
[12] Vgl. Beil. I Nr. II 4. Unpaſſender Weiſe wollen auch hier viele Ältere von servitus irregularis ſprechen.
[13] Z. B. bei der servitus luminum, vgl. Arndts § 185 Anm. 5 (in der Mitte).

aussprechen[14], gelten auch bei uns dann durchaus, wenn der deutsche Ausdruck, den wir gebrauchen, ganz mit dem Sinn des betreffenden römischen Ausdrucks übereinstimmt; z. B. räumt mir mein Nachbar für mein Haus die Servitut ein, daß ich eine Ecke oder einen Ausbau desselben auf seine Mauer aufsetzen darf, so sind auch bei uns ganz die Grundsätze der römischen servitus oneris ferendi[15] anzuwenden; und wenn bei uns eine „Aussichtsgerechtigkeit" bestellt wird, gelten ganz die römischen Grundsätze über servitus prospectus. Eben deßhalb sind auch bei uns, wenn ein Fußsteigsrecht oder Fahrwegsrecht als Realservitut bestellt wird, die römischen Grundsätze über servitus itineris und viae[16] im Zweifel und wenn nicht der Sinn der Parteien ein anderer war, anzuwenden, weil das römische Wort via ganz gleichbedeutend mit unserem „Fahrweg" und der Ausdruck iter gleichbedeutend ist mit unserem „Fußweg"[17]. Dagegen ist Das, was das römische Recht über servitus actus bestimmt[18], bei uns unpraktisch, weil wir dafür einen entsprechenden deutschen Ausdruck nicht haben; denn unser Viehtreiberecht oder Triftgerechtigkeit ist enger; es bezeichnet der deutsche Ausdruck bloß das Recht, Vieh über ein fremdes Grundstück zu treiben, nicht aber das Recht, das fremde Grundstück überhaupt zum Fahren, Reiten und Gehen zu benutzen.

Beilage I.

Über die Bedeutung der Eintheilung der Realservituten in servitutes »praediorum urbanorum« oder »urbanae« (städtische Servituten) und »praediorum rusticorum« oder »rusticae« (ländliche Servituten) ist bis in die neueste Zeit viel Streit. Vergl. Vangerow I § 339 II S. 700 f. (der 7. Ausgabe), Arndts Pandekten § 184 Anm. 3 und die dort Angeführten. Es kommt bei dieser Eintheilung

I. zunächst auf die Bedeutung von praedium urbanum und rusticum an, über welche besonders zu vgl. ist D. 8, 4 comm. praed. l. 1 pr.;

[14] Z. B. für die servitus prospectus, oneris ferendi ꝛc. — Über die servitus stillicidii und fluminis recipiendi und über die servitus proiciendi s. oben § 119 Lit. C II 7 und unten § 161 Beil. Nr. II. — Über das ius altius tollendi, luminibus officiendi und stillicidii non recipiendi s. unten Beil. II.

[15] Arndts § 185 Anm. 2 und oben § 148 Beil. Lit. B 1 b.

[16] Arndts § 186 Anm. 2 Lit. α. γ.

[17] Wenn Manche dies vom Fußwegsrecht leugnen weil nach römischem Recht bei der servitus itineris der Berechtigte auch reiten dürfe, falls es der Ort an sich schon erlaube (D. de S. P. R. 8, 3 l. 12), so ist dagegen zu bemerken, daß auch bei uns auf Fußwegen geritten wird, wenn an sich schon der Ort dazu geeignet ist, und daß daher in so weit im Fußwegrecht ein Reitrecht enthalten ist.

[18] Arndts § 186 Anm. 2 Lit. α. β.

30, 6 de V. S. l. 198; I. 2, 3 de serv. § 1; Ulpian Fragmente XIX, 1. Sie hängt nicht von der Lage, sondern von der Beschaffenheit des Grundstücks ab; l. 198 cit. nur darf man nicht praedia rustica und urbana mit der Eintheilung der aedificia in rustica und urbana verwechseln; denn die letztere nicht hierher gehörige Eintheilung bestimmt sich allerdings nach der Lage des Gebäudes D de V. S. l. 211. Aus den angeführten Quellen ergiebt sich über die Bedeutung der praedia rustica und urbana Folgendes: 1. an sich ist praedium urbanum jedes Gebäude, jeder überbaute Platz, ohne Unterschied der Beschaffenheit, Bestimmung und Lage, also auch ein Gebäude, das auf dem Lande liegt, wie ein Gartenhaus, Geschirrhaus, Scheune u. dergl.; praedium rusticum jedes zur Gewinnung natürlicher Früchte Landbau dienende Grundstück, wie Acker, Wiese, Garten, Wald ꝛc. — 2. Ein Grundstück kann nach seiner Bebauung und Bestimmung ein aus verschiedenen Bestandtheilen, Gebäuden, Grundstücken ꝛc bestehendes Ganzes bilden. Hier kommt es dann bei Rechtsverhältnissen darauf an, ob von diesem Ganzen oder bloß von einem einzelnen Theile desselben für sich es sich handelt; im ersteren Falle kommt es auf die Hauptbestimmung des Ganzen an, in letzterem Falle auf die Beschaffenheit des einzelnen Theiles; z. B. ein Haus ist mit dem Hausgarten praedium urbanum; eine Besitzung, deren Hauptbestimmung im Landbau besteht, ist mit den darauf befindlichen Wohn- und Wirthschaftsgebäuden praedium rusticum (eben § 65 Beil. II Lit. A, 1 Theil I S. 300 D. 32 de leg. III l. 91 § 5; de V. S. l. 198 und es kommt daher eine Servitut, welche für ein solches Landgut überhaupt bestellt wurde, einem praedium rusticum zu; und wird ein solches Landgut mit allen Gebäuden) verpachtet; so ist bloß ein praedium rusticum verpachtet (und es gilt daher dabei nur das bei Arndts im § 373 Anm. 3 Lit. c, nicht das Lit. d Bemerkte); ist aber bloß ein Gebäude dieses Landguts, etwa bloß das Wohngebäude, Gegenstand des Rechtsverhältnisses, z. B. bloß dieses vermiethet oder bloß für dieses eine Servitut bestellt: so ist nicht ein praedium rusticum, sondern ein urbanum vermiethet (es gilt also dann das bei Arndts § 373 Anm. 3 Lit. d Gesagte) und die Servitut an ein praedium urbanum geknüpft; l. 1 pr. comm. praed. Anderer Meinung ist Boecking Pand. II § 161 Note 25 a. E. und Kindervater im Jahrb. f. gem. R. Bd. VI S. 120 f., vergl. aber oben vor Nr. 1. — 3. Unüberbaute freie Plätze, welche nicht zur Gewinnung natürlicher Früchte bestimmt sind, z. B. ein Bauplatz, Abladeplatz, Trocknenplatz, Hofraum, wenn sie für sich Gegenstand eines Rechtsverhältnisses bilden, werden von Manchen unbedingt zu den praedia rustica, von Anderen unbedingt zu den urbana gezählt. Allein man muß hier verschieden entscheiden nach der Natur des Rechtsverhältnisses, dessen Gegenstand sie bilden; handelt es sich von einer locatio-conductio: so gehören solche Plätze zu den praedia urbana. D. 20, 2 in qh. caus. pign. l. 3; bei den Servituten dagegen, bei welchen es auf das Überbautsein des Platzes hauptsächlich ankommt (l. 1 pr. comm. praed.), sind sie zu den praedia rustica zu zählen.

II. Die Eintheilung der Servituten in urbanae und rusticae bestimmt sich zunächst nach dem herrschenden Grundstück; denn die Ansicht mancher Älteren, daß sie sich nach dem dienenden Grundstück bestimme, (s. z. B. die bei Glück Pandekten IX S. 22 Angeführten, ist offenbar unhaltbar und in neuerer Zeit wohl durchaus verworfen; »servitus urbana« ist eine Servitut, bei der das herrschende Grundstück ein Gebäude ist, »rustica«, bei welcher das herrschende Grundstück ein praedium rusticum (Nr. I. ist. Dies ergiebt sich schon daraus, daß in den Quellen die servitutes urbanae auch bezeichnet werden durch »iura praediorum urbanorum«, die rusticae durch »iura praediorum rusticorum«, ferner von den urbanae gesagt wird, es seien solche, quae »aedificio debentur« oder »inhaerent«, von den rusticae, es seien solche, »quae agro adquiruntur«; D. 8, 2 de S.P.U. l. 2 l. 6; I. 2, 3 h. t. pr. § 1, § 3; 2, 2 de reb. incorp. § 3; Ulpiani Fragm. XIX, 1; Gaius Inst. II, 29. Dafür spricht auch noch die Natur der Sache, indem ja zunächst das Bedürfnis, die Lage und die

Beschaffenheit des herrschenden Grundstücks den Umfang und die Zulässigkeit der Realservitut bestimmt .D. 8, 3 de S. P. R. l. 5 § 1 l. 6; und es also sehr natürlich ist, die Servitut nach der Qualität der herrschenden Sache zu bestimmen, s. besonders auch Jhering Geist des römischen Rechts II S. 234 f. Hiermit und namentlich mit den angeführten Stellen ist unvereinbar

a. die Ansicht, welche v. d. Pfordten im Archiv für civilistische Praxis Bd. XXII S. 10 ff. aufstellt und auch Seuffert Pandekten § 161, Sintenis Civilrecht § 61 annehmen, daß nämlich jede Servitut, welche ohne Gebäude nicht bestehen könne, gleich viel, ob das herrschende oder dienende Grundstück oder ob beide ein Gebäude sein müssen, stets eine servitus urbana sei, also auch dann, wenn die herrschende Sache ein praedium rusticum ist; v. d. Pfordten behauptet hierbei, daß alle Servituten, welche die Quellen als Beispiele von servitutes urbanae anführen, durchaus ein Gebäude voraussetzen und ohne ein solches „nicht bestehen und nicht ausgeübt werden können"; allein dies, worauf allerdings der Hauptbeweis für diese Ansicht beruhen würde, ist unrichtig; die servitus ne prospectui officiatur wird z. B. in den Quellen als urbana aufgeführt; aber setzt sie denn zu ihrem Bestehen und zu ihrer Ausübung nothwendig ein Gebäude voraus? ich kann mir ja z. B. für meinen Garten die Servitut dahin erwerben, daß mein Gartennachbar auf seinem Garten Nichts anlegen und pflanzen dürfe, wodurch meine Aussicht verkümmert würde. Es ist ferner mit jenen Erklärungen der Quellen

b. unvereinbar die Ansicht von Stever l. c. cap. I § 8 ff., welche auch v. Vangerow a. O. S. 701 f. ausführlich vertheidigt, nach welcher die oben S. 219 Lit. b angeführten servitutes faciendi ohne Rücksicht auf die Art des herrschenden Grundstücks stets servitutes rusticae, und die dort angeführten servitutes habendi und prohibendi stets servitutes urbanae sein sollen, somit die Eintheilung lediglich abhängig sein soll vom Inhalt der Servitut, keineswegs aber von der Art der herrschenden Sache, so daß also die Römer z. B. eine für einen Garten gegen einen benachbarten Garten erworbene Aussichtsgerechtigkeit eine servitus praedii urbani und eine für ein Haus erworbene Durchgangsgerechtigkeit (servitus itineris) eine servitus praedii rustici genannt haben sollten. Es wird diese Ansicht auch noch dadurch widerlegt, daß in den Quellen eine Servitut, welche sie gewöhnlich »rustica« nennen, weil sie gewöhnlich für ein praedium rusticum bestellt wird, dann unter den »urbanae« aufgeführt wird, wenn sie für ein praedium urbanum bestellt wird, wie die servitus itineris; D. 8, 2 de serv. praed. urbanor. l. 20 § 1, und daß Servituten, welche nach Stevers und Vangerows Ansicht unbedingt servitutes urbanae sein müßten, wie die servitus protectus, als mögliche servitutes »rusticorum« praediorum aufgeführt werden; D. 8, 3 d. S. P. R. l. 2 pr. Von dieser letzteren Stelle gab Vangerow in den fünf ersten Ausgaben seines Lehrbuches Bd. I S. 635 eine Auslegung, welche entschieden unhaltbar war und die er in der 6. Ausg. Bd. I S. 801 (7. Ausg. S. 704) mit Recht zurücknimmt; allein die Weise, wie er nun die Stelle zu removiren und gegen sie seine Ansicht zu halten sucht, dürfte wohl nicht minder unhaltbar sein. Er glaubt, in der Schrift des Juristen, aus dem sie genommen ist, habe wohl nur gestanden, daß Servituten der genannten Art auch für praedia rustica bestellt werden könnten, er habe sie aber nicht servitutes praediorum rusticorum genannt, und es sei wohl aus dem ursprünglichen Zusammenhange der Stelle von selbst hervorgegangen, daß solche Servituten dadurch nicht zu rusticae würden; das Letztere aber hätten die Kompilatoren der Pandekten „ungeschickterweise verwischt". Allein diese Hypothese über die ursprüngliche Gestalt der Stelle und über den Mißgriff der Kompilatoren ist doch eine mehr als gewagte, und dies um so mehr, als die Stelle mit den früher angeführten Stellen und mit der Natur der Sache völlig harmonirt, wenn sie sagt, daß auch Servituten der genannten Art als servitutes oder iura praediorum rusticorum bestellt werden können; vgl. auch Boecking Pand. II § 161 S. 215, 217, 220. — Übrigens liegt doch Stevers und v. Vangerows Ansicht ein richtiger Gedanke zu Grunde.

2) Es knüpfen nämlich die Rechtsquellen an die servitutes urbanae und rusticae bedeutende Unterschiede in den Rechtsgrundsätzen; die rusticae allein waren im älteren Rechte res mancipi, nicht die urbanae; eine servitus rustica ist Gegenstand des Pfandrechts, nicht eine urbana; die rusticae gehen durch bloßen non usus verloren, bei den urbanae ist usucapio libertatis zur Erlöschung der Servitut durch Verjährung nöthig; endlich sagen die Quellen (D. 8, 1 de serv. l. 14 vgl. auch 8, 2 de S. P. U. l. 20 pr.), die servitutes rusticae seien »tales ut non habeant certam continuamque possessionem«. Nun kann aber doch die Anwendbarkeit dieser Rechtsgrundsätze nicht von der Zufälligkeit abhängen, ob die Servitut für ein Gebäude oder einen leeren Platz bestellt ist; sonst müßten ja bei einer und derselben Servitut ganz verschiedene Rechtsgrundsätze eintreten je nach der zufälligen Verschiedenheit der herrschenden Sache, z. B. die servitus aquaehaustus und itineris, wenn sie für einen Garten bestellt ist, durch non usus verloren gehen, wenn sie aber für ein Haus bestellt ist, bloß durch usucapio libertatis. Noch viel weniger kann die Frage, ob eine Servitut continuam possessionem habe, lediglich davon abhängen, ob die Servitut für ein praedium rusticum oder urbanum bestellt ist. Es ist daher unrichtig, wenn die Meisten bloß an dem unter Nr. 1 vertheidigten Begriffe festhalten und auf alle Servituten, welche als rusticae bestellt sind, das eben von den rusticis Gesagte anwenden wollen, und auf alle Servituten, die für ein Gebäude bestellt sind, das von den urbanis Gesagte.

3) Das Richtige dürfte vielmehr dahin gehen und dadurch sich die Sache einfach erklären: Die Realservituten sind eine bleibende, in der Regel immerwährende Last für das dienende Grundstück, durch welche der Werth des Grundstücks sehr vermindert werden kann (man denke nur z. B. an eine servitus altius non tollendi oder ne prospectui officiatur); deßhalb beschränkte das ältere römische Recht diese Servituten lange auf die dringendsten Bedürfnisse; was auf der einen Seite am Werthe des dienenden Grundstücks durch die Servitut gemindert wird, soll von der andern Seite ausgeglichen werden durch die Befriedigung eines dringenden Bedürfnisses für das herrschende Grundstück (vgl. auch Ihering a. a. O.). Für den Landbau nun sind besonders Bedürfnis: Wegegerechtigkeiten (iter, via, actus) und Wasserleitungsrecht (aquaeductus); man fand daher keinen Anstand, solche Befugnisse als Servituten für ländliche Grundstücke, also als rusticae zuzulassen, und sie werden daher immer zunächst als rusticae und als die Hauptfälle der rusticae aufgeführt; D. 8, 3 de S. P. R. l. 1; 43, 19 de itinere l. 1 pr. § 1; l. h. t. pr.; Ulpiani Fragm. XIX, 1. Allmählich ließ man aber auch zu, ein ius aquaehaustus, pascendi, calcis coquendae, arenae fodiendae, pecoris ad aquam appulsus ꝛc. für ein ländliches Grundstück als Servitut zu bestellen l. h. t. § 2 (»quidam recte putant«) vergl. mit D. 8, 3 de S. P. R. l. 3 l. 5 § 1 l. 4 l. 6 § 1 l. 20 § 3. Alle diese Servituten sind nun gerade zufällig lauter intermittirende oder unständige, discontinuae im eigentlichen Sinne (s. oben § 150 Beil. Nr. I), und aus dieser Natur derselben erklären sich die eigenthümlichen Rechtsgrundsätze, die sich bei ihnen über Verlust durch non usus, Verpfändbarkeit ꝛc. ausbildeten, und daß von ihnen gesagt ist, sie hätten keine continua possessio. Bei Gebäuden dagegen führte das Bedürfnis zunächst auf ganz andere Rechte, auf das ius ne luminibus officiatur, altius non tollendi, protegendi, oneris ferendi, tigni immittendi u. dergl. Dies sind zufällig lauter Rechte, welche eine continua possessio haben, ständige Servituten, continuae in dem oben § 150 Beil. Nr. II entwickelten Sinne (vgl. D. 8, 2 de S. P. U. l. 2—4; I. h. t. § 1), und dadurch erklärt sich wieder einfach, daß bei diesen servitutes urbanae über Verlust durch Verjährung, über Verpfändbarkeit und über possessio das Gegentheil von Dem galt, was bei den rusticae galt und daß man den servitutibus rusticis jene Eigenthümlichkeiten, den urbanis diese zuschrieb. So kam es ganz natürlich, daß in dem Begriffe der servitus rustica und urbana ein zweifaches Moment lag. Servitus rustica war die für ein praedium rusticum, urbana die für ein praedium urbanum bestellte Servitut; da aber die Servi-

tuten, welche als rusticae bestellt werden durften, sämmtlich discontinuae waren und die, welche als urbanae vorkommen, durchaus continuae waren: so wurden durch servitutes rusticae zugleich auch die unständigen, durch urbanae die ständigen bezeichnet. — Als nun aber allmählich in der weiteren Entwicklung der Grundsatz sich bildete, daß jede Befugnis, wenn sie nur für das herrschende Grundstück ein Interesse habe und ihr Inhalt dem Charakter eines dinglichen Rechts nicht widerspreche, eben so wohl zu Gunsten eines praedium urbanum, wie zu Gunsten eines rusticum als Servitut bestellt werden könne: so konnte eine Servitut, die früher bloß als rustica vorkam, nun auch als urbana bestellt werden, z. B. eine servitus itineris für ein Gebäude, wodurch sie im konkreten Falle eine servitus urbana wurde, oder eine servitus prospectus, altius non tollendi für einen Garten, wodurch sie im konkreten Falle eine rustica war. Aber in Beziehung auf jene materiellen, durch den Inhalt der als Servitut bestellten Befugnis bedingten Unterschiede konnte es natürlich nicht darauf ankommen, ob eine Servitut als urbana oder ob sie als rustica bestellt wurde; die Anwendbarkeit dieser Unterschiede mußte lediglich davon abhängig bleiben, ob die als Servitut bestellte Befugnis den Charakter der steten, zusammenhängenden oder der bloß intermittirenden Ausübung hat. Den alten Sprachgebrauch behielten aber hierbei die römischen Juristen in so weit bei, als sie für die unter Nr. 2 angeführten Verschiedenheiten sich immer noch der Bezeichnung durch servitutes rusticae und urbanae bedienten, weil die servitutes rusticae ursprünglich bloß intermittirende, die urbanae lauter ständige, kontinuirende Servituten umfaßten und auch später (wie auch bei uns) intermittirende Servituten vorherrschend als rusticae, kontinuirende als urbanae bestellt wurden, und so nicht leicht ein Zweifel darüber, was eigentlich gemeint sein soll, entstehen konnte, wenn sie z. B. sagten, daß servitutes rusticae durch non usus, urbanae bloß durch usucapio libertatis verloren gehen ꝛc. Damit dürften sich auch die Zweifel erledigen, welche Windscheid Pandekten § 210 Note 2 über den Sprachgebrauch der Quellen aufwirft.

4) Das Resultat ist daher: der Begriff der servitus rustica und urbana bestimmt sich an sich lediglich nach dem herrschenden Grundstück; rustica ist eine solche, bei welcher das herrschende Grundstück ein praedium rusticum ist, urbana eine solche, bei welcher das herrschende Grundstück ein praedium urbanum ist; jede Befugnis aber, welche die zu einer Realservitut überhaupt erforderlichen Eigenschaften hat, kann sowohl als rustica, wie als urbana servitus bestellt werden, so weit es der Ort erlaubt, und es bestimmt sich Inhalt, Umfang, Ausdehnung und Bestand der Servitut im Zweifel im ersteren Falle nach dem Bedürfnis und dem Interesse und Bestand des praedium rusticum, im letzteren nach dem des urbanum. Die Frage aber über Besitz, Interdikte, Verjährung und Verpfändbarkeit einer Servitut bestimmt sich nicht nach der Zufälligkeit, ob die Servitut für ein praedium rusticum oder ob sie für ein urbanum bestellt wurde, sondern darüber muß die besondere Art und Weise der Befugnisse, die den Inhalt der Servitut bilden, entscheiden, d. h. ob die Servitut eine solche ist, welche zu bloßen intermittirenden Handlungen auf der dienenden Sache befugt, also eine servitus discontinua im eigentlichen Sinne ist, oder ob ihre Ausübung, wenn sie einmal begonnen hat, eine stete, ununterbrochene ist, sie also zu den servitutes continuae in dem S. 218 entwickelten Sinne gehört. Da aber die Römer für die Verschiedenheit der Servituten nach ihrem Inhalte nicht besondere technische Ausdrücke hatten und zu der Zeit, als jene Grundsätze sich ausbildeten, bloß Servituten der ersteren Art als rusticae, also zum Besten eines ländlichen Grundstücks, und bloß Servituten der letzteren Art als urbanae, also zum Besten eines städtischen Grundstücks, bestellt wurden, oder da wenigstens Servituten der ersteren Art gerade zum Besten eines praedium rusticum, Servituten der letzteren Art zum Besten eines praedium urbanum bestellt zu werden pflegten: so bedienten sich die römischen Juristen bei diesen Grundsätzen lediglich der Ausdrücke servitutes »rusticae«, um hier Servituten der ersteren Art, und servitutes »urbanae«, um Servituten

der letzteren Art zu bezeichnen. Wir haben daher jene besonderen Grundsätze, welche die römischen Quellen den servitutibus rusticis zuschreiben, und die besonderen Grundsätze, die sie den urbanis zuschreiben, nicht unbedingt auf jede servitus rustica d. h. für ein praedium rusticum bestellte Servitut, beziehungsweise auf jede urbana zu beziehen, sondern die ersteren nur auf servitutes discontinuae in dem S. 218 entwickelten Sinne, mögen sie im konkreten Falle für ein praedium rusticum oder urbanum bestellt worden sein, die letzteren nur auf die servitutes continuae anzuwenden. — In dem Resultate, daß bei jenen Unterschieden in den Rechtsgrundsätzen durch servitutes rusticae die discontinuae, durch urbanae die continuae bezeichnet werden, stimmen auch noch Andere überein, nur daß sie es nicht gehörig begründen, z. B. Unterholzner Verjährungslehre Bd. II § 192. Auf ein im Wesentlichen gleiches Resultat kommt nun auch Kindervater im Jahrbuch für gemeines Recht Bd. VI S. 123—143, aber auf einem etwas verkünstelten Wege; vgl. denselben S. 133.

Beilage II.

Die römischen Quellen führen unter den Beispielen der Realservituten auch auf ein »ius altius tollendi, luminibus officiendi« und »stillicidii non recipiendi«; D. 8, 2 de S. P. U. l. 2; 8, 3 de S. P. R. l. 2; 44, 2 de exc. rei iud. l. 26; I. 2, 3 de serv. § 1 in den Worten »vel non recipiat«; 4, 6 de action. § 2. Dies ist auf den ersten Anblick auffallend; denn das Recht, nach Belieben auf meinem Grund und Boden höher zu bauen, auch dadurch dem Nachbar Licht und Aussicht zu verbauen, ist ja ein schon im Eigenthum an sich liegendes Recht, und der Eigenthümer hat daher zu diesem Zwecke nicht erst die Erwerbung einer Servitut gegen den Nachbar nöthig; C. 3, 31 de serv. est. 8. Ebenso verhält es sich mit dem ius »stillicidii non recipiendi«; mein Nachbar darf das Regenwasser, welches auf sein Grundstück fällt, nicht so auffangen, daß es z. B. von dem Dache seines Hauses auf mein Grundstück in Tropfen oder in Güssen sich ergießt, er hat dieses Recht nur, wenn er eine servitus stillicidii oder fluminis recipiendi gegen mein Grundstück erworben hat; mein Recht aber, nicht zu dulden, daß er sein Regenwasser in Tropfen oder Güssen auf mein Grundstück schicke, ist ein Recht, das schon an sich in meinem Eigenthum liegt; denn als Eigenthümer kann ich verlangen, daß er »nihil in meum immittat« D. 8, 5 si serv. vind. l. 8 § 5) und daß sein Regenwasser nur so auf mein Grundstück abfließe, wie es die »natura loci« mit sich bringt, D. 39, 3 de aq. et aq. pluv. l. 1 § 10, 13—15; 17, 22; ich bedarf also, um das Gegentheil zu verhindern, keiner Servitut; dieses Gegentheil wäre vielmehr eine Anmaßung einer Servitut gegen mein Grundstück, die ich mit einer actio negatoria (ius non esse, stillicidia immittere) abweisen kann, l. 1 § 17 l. 2 § 10 l. c. Das ius altius »tollendi«, stillicidii »non« recipiendi u. dergl. ist somit lediglich ein Theil der Befugnisse des Eigenthümers; es fragt sich daher, wie denn die Römer dazu kamen, solche Befugnisse als Servituten zu behandeln. Es wurden darüber schon die verschiedenartigsten Erklärungsversuche gemacht; vgl. die Glosse zu l. 2 de S. P. U. und zu I. h. t. § 1 und de act. § 2, ferner Vinnius Comm. in Inst. II, 3 § 1 (über die ältere Litteratur) und Glück Pand. X S. 78—93, v. Bangerow Pand. § 342 Anm. 3, Windscheid, Pand. § 211, 211 a Note 11. Zu diesen Versuchen gehört namentlich der, welcher sich schon in der Glosse angedeutet findet, später auch von Cujacius und Anderen aufgestellt, in der neueren Zeit besonders von Hugo wieder aufgenommen und von vielen Neueren angenommen und namentlich von Bangerow a. a. O. ausführlich vertheidigt wird, der aber am wenigsten sich vertheidigen lassen möchte und von einer Auffassung ausgeht, die auch in allgemeineren Beziehungen zu Irrigem führt. Er geht dahin: Wenn auf einem Grundstück eine servitus altius non tollendi oder stillicidii recipiendi ruhe (so daß also dem Eigenthümer des Grundstücks vermöge dieser Servitut sein in seinem Eigenthum an sich liegendes Recht, höher zu bauen und den Tropfenfall des Nachbars auszu-

schließen, entzogen ist), später aber der Eigenthümer sein Grundstück von dieser Servitut, sei es durch Vertrag mit dem Servitutberechtigten oder durch Verjährung befreie, er somit nun wieder das Recht hat, nach Belieben höher zu bauen und den Tropfenfall nicht zu dulden: so sei dieses Recht eine Servitut, die er nun gegen das benachbarte Grundstück erworben habe, eine servitus altius tollendi, stillicidii non recipiendi, die er mit der Servitutenklage, also mit der actio confessoria geltend zu machen habe. — Allein es wäre doch etwas ganz Anomales und Widernatürliches, das Freiwerden von einer Servitut für eine neue Servitut zu erklären. Jenes Freiwerden von einer Servitut ist ja nichts Anderes, als die Rückkehr in den Zustand des unbeschränkten Eigenthums; der Eigenthümer daher, welcher seine Sache von jenen Servituten befreite, hat nun das Recht höher zu bauen u. s. w. nicht iure servitutis, sondern iure dominii und dieses Recht hat er, wenn der Nachbar ihn am Höherbauen hindern oder ihm das stillicidium zuschicken will, nicht mit einer confessoria, sondern mit der negatoria actio geltend zu machen, eben weil es sich hier nicht von Geltendmachung einer Servitut, sondern lediglich vom Schutz des freien Eigenthums gegen fremde Anmaßung einer Servitut handelt; D. 8, 5 si serv. vind. l. 4 § 7. So faßt es in der That auch das römische Recht entschieden auf; denn wenn ein Grundstück durch Verjährung von einer servitus urbana frei wird, so bezeichnet es dies niemals durch usucapio servitutis, was nach jener Ansicht eigentlich der Fall sein müßte, sondern stets durch usucapio libertatis, D. 8, 6 quemadm. serv. l. 18 § 2; 8, 2 de S. P. U. l. 6, 7 l. 32 § 1 (über die letztere Stelle s. auch Schilling Bemerkungen über römische Rechtsgeschichte 1829 S. 145 f. und v. Scheurl in Savigny's Zeitschrift Bd. XII S. 429), und die römischen Juristen sprechen in einem solchen Falle nicht von »servitutem adquirere«, wie sie es nach jener Ansicht müßten, sondern bloß von »servitutem tollere« D. 41, 3 de usurp. l. 4 § 29. Auch sind die Prämissen, aus welchen Bangerow a. O. S. 729 Nr. 2 jene Ansicht erklären will, theils in ihrer Absolutheit unrichtig, theils so weit sie richtig sind, keine Eigenthümlichkeit der servitutes urbanae, s. oben § 148 Beil. Lit. A III.

Es ist aber doch möglich, daß Rechte der genannten Art (altius tollendi u. s. w.) wirklich als Servituten vorkommen können, ohne daß man dadurch in einen Widerspruch mit der Natur der Sache und anderen Äußerungen der Quellen kommt. Dieses kann in folgenden verschiedenen Weisen der Fall sein: 1. Es giebt gesetzliche Beschränkungen des Eigenthums aus Rücksicht auf den Nachbar, durch welche im Verhältnis zu den Nachbarn gleichsam der regelmäßige positiv rechtliche Zustand der Grundstücke, ein Theil des Inhalts des Eigenthums an denselben, bestimmt wird. Will ich von einer solchen allgemeinen Beschränkung mein Grundstück gegenüber von einem Nachbar bleibend befreien, z. B. einen Baum näher an die Grenze pflanzen, als es das Gesetz aus Rücksicht auf den Nachbar gestattet: so kann ich dies dadurch bewirken, daß ich von meinem Nachbar eine Servitut gegen sein Grundstück erwerbe, welche dahin geht, daß ich sein in seinem Eigenthum liegendes Nachbarrecht beschränken und gegen das Interesse seines Grundstücks in einer Nähe, welche er an sich nicht zu dulden hätte, pflanzen darf. In gleicher Weise nun kann eine servitus altius tollendi und stillicidii non recipiendi vorkommen, wenn nämlich durch ein lokales Gesetz oder Gewohnheitsrecht für alle Grundstücke eines Orts aus Rücksicht auf die Nachbarn festgesetzt würde, daß man nicht über eine gewisse Höhe bauen, ihnen also bis auf einen gewissen Grad Licht und Aussicht nicht verbauen dürfe, oder daß man den Tropfenfall von des Nachbars Dächern leiden müsse, und man sich nun von dem Nachbar gegen dessen Grundstück eine Servitut dahin bestellen läßt, daß man gegen ihn höher bauen dürfe oder seine Tropfen nicht aufzunehmen brauche. Diese Erklärung der Sache wurde schon von vielen Älteren gegeben (s. bes. Vinnius l. c. und die dort Angeführten; und wird auch von vielen Neueren mit Recht angenommen; s. bes. Schilling a. a. O. S. 144—152. Auch steht ihr Das, was Bangerow a. O. 731 f. bemerkt,

nicht entgegen; denn sobald römische Lokalgesetze und Gewohnheiten der genannten Art, wenn auch nur für einzelne Städte, wie z. B. für Rom oder Konstantinopel bestanden: so konnte dies schon genügender Grund für die römischen Juristen sein, von solchen Fällen zu sprechen, und daß Normen dieser Art bestanden, leidet keinen Zweifel, nicht bloß für die spätere Zeit C. 8, 10 de aedif. privat. cst. 12, 13, sondern auch für die frühere C. l. c. cst. 1, 3 und de servit. cst. 1; Glück Pand. X S. 79 und die dort Angeführten, Schilling a. a. O. und Schrader Comm. in Instit. S. 634. Auch ergiebt sich aus den eben angeführten Stellen, daß solche Normen über das Nachbarrecht nicht absoluter Natur waren, sondern daß mit Bewilligung des Nachbars, in dessen Interesse sie gegeben wurden, oder durch Verjährung eine Servitut gegen dieselben erworben werden konnte. — Wenn aber Bangerow glaubt, daß die durch solche beschränkende Normen eingeführten gesetzlichen Beschränkungen des Eigenthums (das sog. Nachbarrecht) wahre Servituten seien und daher, wenn das Freiwerden von einer solchen Beschränkung eine Servitut genannt werde, daraus folge, daß auch das Freiwerden von einer auf andere Weise entstandenen Servitut eine Servitut sein könne: so ist hier die Prämisse entschieden unrichtig. Solche gesetzliche Beschränkungen des Eigenthums nämlich sind nicht Servituten, vielmehr etwas von den Servituten ganz wesentlich Verschiedenes; sie beruhen auf einer allgemeinen Norm für alle Liegenschaften gewisser Kategorie, bestimmen dadurch die positiv rechtliche Natur des Eigenthums an diesen Liegenschaften, bestimmen und modificiren gleichsam den Eigenthumsbegriff an Liegenschaften, werden daher in den Quellen den Servituten entgegengesetzt und nur bildlich eine »quasi servitus« genannt (D. de aqua et aq. pluv. l. 1 § 23) und von dem Nachbar, zu dessen Gunsten sie eingeführt sind, nicht durch eine actio confessoria geltend gemacht (eben weil sie keine Servituten sind), sondern durch eine actio negatoria (als Rechte, die an sich im Eigenthum gewisser Liegenschaften liegen) und in manchen Fällen durch persönliche Klagen, weßhalb man auch mit Recht das Eigenthum an Grundstücken, welches solchen Beschränkungen unterliegt, nicht ein dominium limitatum nennt. — 2. Eine servitus altius tollendi läßt sich auch noch in anderer Weise denken. Es kann ein Gebäude iure servitutis auf der Mauer des Nachbars ruhen (servitus oneris ferendi); hier darf der servitutberechtigte Eigenthümer des Gebäudes nicht höher bauen, wenn dadurch diese Mauer mehr beschwert würde, als es bei der Bestellung der Servitut festgesetzt wurde; will er doch gegen diese Bestimmung höher bauen: so muß er gegen die Mauer vom Nachbar eine servitus altius tollendi, d. h. das Recht, noch höher zu bauen, sich erwerben; D. 8, 2 de S. P. U. l. 24; 8, 5 si serv. vind. l. 7 l. 8 § 1, 2. Hat er sie erworben: so hat er für sein Gebäude ein ius altius tollendi gegen den Eigenthümer der Mauer erworben; daraus erklärt sich auch, daß in I. 4, 6 de act. § 2 die Klage, »ius sibi esse altius aedes suas tollendi« als confessoria, also als Servitutenklage des Eigenthümers des Gebäudes angeführt wird. Baut er aber ohne eine solche Servitut höher: so kann der Nachbar mit einer actio negatoria gegen ihn auftreten, d. h. behaupten, als Eigenthümer der Mauer brauche er die größere Last nicht zu dulden; er negirt eine gegen sein Grundstück statt findende servitus altius tollendi. — Auf diese Weise (Nr. 1 u. 2) erklärt sich auch einfach die »actio negatoria, adversario ius non esse altius tollendi« (was man sonst nur vermöge einer Servitut, also mit der actio confessoria, verlangen kann), von welcher I. de action. § 2 spricht, und welche Bangerow a. O. S. 730 Nr. 4 nicht recht erklärlich findet; sie findet nämlich zum Schutze des in meinem Eigenthum an sich liegenden Rechts dann statt, wenn der Nachbar entweder gegen das bestehende Nachbarrecht höher bauen will (Nr. 1), oder bei der servitus oneris ferendi meine Unterlage durch Höherbauen gegen die Verabredung beschweren will (Nr. 2).

Erwerbung der Servituten.

§ 159.

(Arndts §§ 180—190.)

Eine Servitut kann begründet werden

I. durch Vertrag der Parteien. Hierzu wird erfordert:

1) daß Der, welcher die Servitut an einer Sache einräumt, veräußerungsfähiger Eigenthümer der Sache ist[1]. Doch kann auch Derjenige, welcher ein Emphyteut- oder ein Superficiarrecht an der Sache hat, an ihr Servituten bestellen, welche aber mit der Erlöschung seines Rechts an der Sache wieder erlöschen[2].

2) daß Derjenige, welcher eine Realservitut für ein Grundstück erwerben will, Eigenthümer des Grundstücks ist oder als gültiger Vertreter des Eigenthümers handelt[3]. Auch wird man Demjenigen, der ein Superficiar- oder ein Emphyteutrecht hat, die Befugnis einräumen müssen, für das Grundstück eine Realservitut bestellen zu lassen[4].

3) Die wirkliche Bestellung der Servitut. Wird erst die künftige Bestellung einer Servitut zugesagt, so entsteht aus dem Vertrag bloß eine obligatio ad servitutem constituendam. Zur wirklichen Bestellung wird die Einräumung des dinglichen Rechtes selbst erfordert. Zu dieser aber genügt ein bloßer Vertrag, welcher keiner Form bedarf, also die bloße Erklärung zwischen den Parteien, daß die Servitut hiermit bestellt sein solle[5]; wohin natürlich auch der Fall gehört, wenn man sich bei Veräußerung einer Sache vertragsmäßig eine Servitut daran vorbehält[6], in welchem Falle dann Derjenige, an welchen die Sache veräußert wird, als Besteller der Servitut gilt[7].

Zwar war es früher durchaus herrschende Ansicht, daß zur Erwerbung einer Servitut, des dinglichen Rechtes an der Sache, ein bloßer Vertrag nicht hinreiche, sondern noch eine Einsetzung in die

---

[1] Vgl. oben § 148 Nr. V. Vgl. oben § 151 Beil. Lit. A Nr. I 1 und unten § 160 a. E. Vgl. Arndts § 188 Note a. — D. de reb. eor. 27, 9 l. 3 § 5 (verbis: »sed si« ꝛc.).

[2] D. de superf. 43, 18 l. 1 § 8. — Über die Ratihabition des Eigenthümers s. oben § 84 Beil. I Nr. II (Th. I S. 431).

[3] Vgl. (über den Miteigenthümer) oben § 151 Beil. Lit. A Nr. I 2.

[4] Windscheid Pand. § 212 Note 7.

[5] Arndts § 188 Note c. [6] Arndts § 188 Note f und Anm. 2.

[7] Windscheid Pand. § 212 Nr. 7.

faktiſche Ausübung der Servitut, eine quasi traditio hinzukommen müſſe. Allein dieſe Anſicht iſt entſchieden unhaltbar. Denn das ſpätere römiſche Recht[8] und namentlich das juſtinianiſche Recht verlangt zur Beſtellung des dinglichen Rechts der Servitut bloß pacta und stipulationes, alſo bloßen Vertrag[9].

Der Vertrag, durch den eine Servitut beſtellt wird, iſt ein Veräußerungsvertrag, alſo ein Verkauf, ein Tauſch, eine Schenkung u. dergl.

II. Durch Vermächtnis, wenn ein Erblaſſer an ſeiner Sache Jemandem eine Servitut vermacht[10].

III. Durch richterlichen Spruch und zwar

1 bei Theilungsklagen durch Adjudikation[11].

2 in einigen Fällen durch in integrum restitutio[12]; auch kann

3 wenn der Eigenthümer einer Sache verurtheilt worden iſt, eine verſprochene Servitut (oder der Erbe, eine an ſeiner Sache vermachte) zu beſtellen, aber es nicht thut, der Richter im Exekutionsweg die Servitut für beſtellt erklären[13].

IV. Durch Erſitzung. Das römiſche Recht wendete lange Zeit den Beſitzbegriff bloß auf körperliche Dinge, auf Sachen an. Zur Anwendung desſelben auf Rechte, auf incorporalia, kam es nur

---

[8] Über das ältere Recht gehört das Nähere in die Rechtsgeſchichte.

[9] Dies ſagen die klarſten Ausſprüche der Quellen (I. de servit. 2, 3 § 4; de usufr. 2, 4 § 1; D. de usufr. 7, 1 l. 25 § 7) und keine einzige Stelle unſerer Quellen ſagt: zur Beſtellung einer Servitut ſei noch eine quasi traditio nöthig (vgl. Arndts § 188 Anm. 1 und die dort für dieſe Anſicht Angeführten). Zwar berufen ſich die Gegner auf Cod. de pactis 2, 3 cst. 20; allein dieſe ſpricht gar nicht von Servituten, ſondern bloß von dominia rerum, d. h. vom Eigenthum einer Sache und von Uſukapion, die ja auch nur beim Eigenthum möglich iſt. — Vgl. v. Keller Pand. § 181; Windſcheid Pand. § 212 Note 1.

[10] Arndts § 188 Note b und § 560 und § 575 Nr. 3.

[11] Vgl. oben § 121 Beil. Nr. V Abſ. 2.

[12] Arndts § 188 Note h. Oben § 114 Nr. VII (Th. I S. 584).

[13] Arndts l. c. — Von dieſem Falle muß man wohl unterſcheiden das richterliche Urtheil, wenn über eine Servitut geſtritten wird. Wenn z. B. mir für mein Grundſtück an dem des Nachbars eine servitus viae zukommt, und ich ihn, weil er es beſtreitet, mit der confessoria actio belange und beweiſe, daß ich wirklich die Servitut an ſeinem Grundſtück erworben habe, und er nun verurtheilt wird, mein Recht anzuerkennen und mich in der Ausübung desſelben nicht zu ſtören, ſo iſt dies keine adiudicatio servitutis, d. h. durch das richterliche Urtheil entſteht hier nicht erſt eine Servitut; der Richter konſtituirt mir nicht ein Recht, das ich bisher nicht hatte, ſondern deklarirt bloß, daß das von mir in Anſpruch genommene Recht mir wirklich zuſteht (D. si serv. vind. 8, 5 l. 8 § 4. Bei der adiudicatio servitutis dagegen ſchafft der Richter durch ſein Urtheil eine Servitut, die bis dahin gar nicht beſtand und ſpricht ſie einer Partei zu; aber dazu iſt er nur in den oben angegebenen Fällen befugt.

allmählich[14], und zwar zuerst bei solchen Servituten, bei denen es am nächsten lag, d. h. bei continuae, den ständigen (oder urbanae im uneigentlichen Sinne)[15]. Deßhalb wurde denn auch auf diese Servituten das Institut der usucapio angewendet. Allein eine lex Scribonia (von der wir aber nichts Weiteres wissen) hob diese usucapio wieder auf[16]. Indessen führte doch später das praktische Bedürfnis auf Zulassung einer Ersitzung, und zwar nun bei allen Servituten, durch longa quasi possessio, — und dies ist die bei uns geltende Ersitzung der Servituten[17]. Ihre Erfordernisse sind folgende:

1) Der Inhalt der Servitut muß als solcher, d. h. im Sinne, wirklich eine Servitut an der Sache auszuüben, faktisch ausgeübt worden sein, sei es vom Ersitzenden selbst oder von Anderen, z. B. seinen Leuten, für ihn[18].

2) Die Ausübung muß geschehen sein: non vi, non clam, non precario, in dem Sinne, den diese Ausdrücke bei den possessorischen Interdikten haben[19]. Der Nachweis eines iustus titulus aber ist (nach der richtigen Ansicht) nicht nöthig; auch nicht bona fides des Ersitzenden, d. h. daß er während der Ausübung wirklich glaubte, ihm stehe die Servitut zu[20]. Zwar meinen Viele, nach kanonischem Recht sei bona fides nöthig; allein die Stellen des kanonischen Rechts, die von dem Erfordernis der bona fides bei der Ersitzung sprechen, beziehen sich gar nicht auf Servituten.

3) Die Ausübung muß gedauert haben zehn Jahre lang inter praesentes, zwanzig Jahre inter absentes[21]. Ist aber die Sache, gegen die man die Servitut ausübte, eine solche, bei der aus Begünstigung des Eigenthümers die ordentliche Ersitzung ausgeschlossen und nur eine 30 oder 40jährige Ersitzung zulässig ist[22], so ist auch zur Ersitzung einer Servitut an ihr 30, resp. 40jährige quasi possessio der Servitut nöthig.

---

[14] Vgl. oben § 129. [15] S. oben § 158 Nr. I 2.
[16] D. de usurp. 41, 3 l. 4 § 29.
[17] Arndts § 189 Anm. 1. Savigny Syst. IV S. 493 f. — Diese Ersitzung ist wichtig, nicht bloß für Erwerb einer Servitut, sondern auch für Beweis einer sonst wie erworbenen Servitut.
[18] D. quemadm. serv. 8, 6 l. 25 vgl. mit l. 20—24.
[19] Vgl. oben § 128 Beil. Lit. A Nr. 4. Arndts § 189 Note g.
[20] l. l. c. l. 24. Sie sind nirgends in den Quellen verlangt.
[21] Arndts § 189 Note a und oben § 51 a. E. (Th. I S. 232).
[22] Arndts § 162 Nr. 1 und oben § 139.

V. In einigen Fällen wird eine Servitut unmittelbar in Folge gesetzlicher Bestimmung erworben, sog. gesetzliche Servitut. Dies ist aber bloß der Fall beim Nießbrauch, den in gewissen Fällen die Gesetze einer Person an einem fremden Vermögen ertheilen[23]. Unrichtig ist es aber, wenn Manche zu den gesetzlichen Servituten auch die Nachbarrechte zählen; diese sind gar keine Servituten[24].

Rechtsmittel bei den Servituten.

Petitorische Rechtsmittel.

§ 160.

(Arndts § 191.)

Wenn ein Servitutberechtigter sein Recht gegen Störungen oder Bestreitung geltend machen will, so ist zu beachten, daß er häufig mit einer persönlichen Klage sich helfen kann; wenn er es nämlich mit Dem zu thun hat, der ihm die Servitut bestellte, oder mit dessen Erben; denn dann kann er aus der Obligation, in der er mit diesem wegen der Servitut steht, klagen und hat bloß die Existenz dieser Obligation zu beweisen; z. B. wenn ich eine Servitut vom Inhaber eines Grundstücks in Folge eines Kaufs bestellt erhielt, und er oder seine Erben mir später die Servitut bestreiten oder in der Ausübung mich stören, so kann ich mit der actio emti gegen sie auf (Anerkennung der Servitut und) Unterlassung der Störung und Schadenersatz klagen. Allein man kann auch von einem Dritten in der Ausübung der Servitut gestört werden, und häufig steht man, wenn man vom Inhaber der dienenden Sache gestört wird, mit diesem gar nicht in einer Obligation über die Servitut, z. B. wenn man die Servitut durch Verjährung erwarb, oder wenn die dienende Sache von dem Eigenthümer, der uns die Servitut bestellte, später an einen Andern veräußert wird (Singularnachfolger), und dieser uns in der Ausübung der Servitut stört oder sonst sie bestreitet.

In solchen Fällen muß der Berechtigte gegen den Störer mit einer dinglichen Klage auftreten, deren Fundament sein dingliches Recht selbst ist, indem dann, wenn er den Erwerb der

[23] Arndts § 416 § 417 Nr. 1 § 432 § 479 Anm. 5 Lit. β § 481 a. E.
[24] S. oben § 119 Lit. C Nr. II.

Servitut nachweisen kann, jeder Inhaber der dienenden Sache und jeder Dritte sich seinem dinglichen Rechte fügen muß[1]. Diese dingliche Klage ist die vindicatio servitutis, speciell noch confessoria actio genannt[2]. Dabei ist besonders auf Folgendes aufmerksam zu machen:

1) Um mit der confessoria actio durchzudringen, muß der Kläger das Fundament seiner Klage, also sein dingliches Recht beweisen, somit nachweisen

a. daß die Servitut gehörig[3] erworben sei; also z. B. wenn er sich auf Erwerbung durch Vertrag beruft, daß der Eigenthümer (oder Emphyteuta oder Superficiar) der dienenden Sache oder der berechtigte Stellvertreter desselben die Servitut bestellt habe[4]. Diesen Beweis muß er auch dann führen, wenn er in der quasi possessio der Servitut sich befindet (und mit der confessoria actio klagt)[5]. Auch muß er noch

b. wenn er eine Realservitut für ein Grundstück in Anspruch nimmt, sich ad causam legitimiren, d. h. beweisen, daß er Eigenthümer (oder Miteigenthümer) des herrschenden Grundstücks ist[6]. Doch kann auch Derjenige, der die herrschende Sache vom Eigenthümer zum Faustpfand erhielt oder sie im sog. dominium utile[7] hat, die an das Grundstück geknüpften Servituten mit der actio confessoria geltend machen, aber dann hat dieser noch[8] sein Pfandrecht oder sein dominium utile an der Sache nachzuweisen[9].

2) Zur Ergänzung der confessoria actio und zur Erleichterung in den angeführten Beweisen dient die auch auf Servituten ausgedehnte Publiciana actio; wenn nämlich

a. der Kläger (der eine Servitut an der Sache in Anspruch nimmt zwar iustum titulum nachweisen kann, d. h. daß die Servitut gehörig, z. B. durch Vertrag oder Vermächtnis bestellt worden sei, er

---

[1] Vgl. oben § 148 Nr. I. VI.

[2] Über dieselbe s. Arndts l. c., und über Das, was Arndts bei Note d. i. k sagt, s. oben § 151 Beil. Lit. A Nr. III.

[3] Auf eine der oben in § 159 ff. ausgeführten Weisen.

[4] Vgl. oben § 148 Nr. V.

[5] S. oben § 119 und § 145. Denn es giebt keine Rechtsvermuthung dafür, daß Der, welcher eine Servitut faktisch ausübt, wirklich auch der Servitutberechtigte sei, und so bleibt es auch hier bei dem Grundsatz, daß die Beweislast des Klagfundamentes auf dem Kläger ruht.

[6] Denn nur Diesem steht die Realservitut zu. Arndts l. c. Note c. d.

[7] S. unten § 163. [8] Außer dem unter a. Angeführten.

[9] D. de servit. 8, 1 l. 16; de novi op. nunt. 39, 1 l. 3 § 3 l. 9. Savigny Syst. VI S. 482.

aber nicht zu beweiſen im Stande iſt, daß ſein auctor Eigenthümer der dienenden Sache war oder im Namen des Eigenthümers habe gültig handeln können, ſo kann er doch mit einer confessoria Publiciana actio auf Anerkennung der Servitut und ungeſtörte Ausübung klagen, aber nur falls ſein auctor die dienende Sache im Uſukapionsbeſitz hatte und ſein Gegner ſie (die dienende Sache) sine titulo oder mala fide beſitzt[10].

b. Wenn Jemand für ein Grundſtück, das er beſitzt, eine Realſervitut in Anſpruch nimmt, die wirklich auch für das Grundſtück erworben wurde, er aber ſich nicht ad causam legitimiren, d. h. beweiſen kann, daß er Eigenthümer des Grundſtückes iſt, ſo kann er doch mit der confessoria Publiciana actio klagen, d. h. er dringt durch, wenn er beweiſt, daß er das Grundſtück iusto titulo in Beſitz bekommen habe. Aber er dringt nur gegen einen ſolchen Gegner durch, gegen welchen überhaupt die Publiciana actio geht, d. h. der die dienende Sache sine titulo oder mala fide beſitzt[11].

Über die negatoria actio des Eigenthümers einer Sache zum Schutz gegen Anmaßung einer Servitut ſ. oben § 145.

Poſſeſſoriſche Rechtsmittel.

§ 161.

(Arndts § 192.)

Befindet ſich Jemand in der quasi possessio einer Servitut[1] und ein Dritter, ſei es der Eigenthümer der dienenden Sache oder ein Anderer, ſtört ihn darin oder verwehrt ihm die Ausübung, ſo kann er häufig zum Schutze in ſeiner quasi possessio ſich poſſeſſoriſcher Rechtsmittel bedienen[2]. Das praktiſche Moment dieſer poſſeſſoriſchen Interdikte liegt hier darin: bei ihnen hat der Kläger bloß ſeine quasi possessio der Servitut und die vom Gegner erlittene Störung in derſelben zu beweiſen und kann dann verlangen, vorerſt in der ungeſtörten Ausübung der Servitut geſchützt zu werden. Auf die Frage, ob ihm die Servitut

[10] Arndts § 191 Anm. 2.

[11] Vgl. auch Bangerow Pand. I § 354. — Nur ſtehen ihm natürlich auch in dieſem Falle dieſelben Exceptionen entgegen, wie im vorigen Falle.

[1] Vgl. oben § 129 und Arndts § 187.

[2] Vgl. oben § 129 bei Anm. 5.

wirklich zustehe, hat er sich dabei gar nicht einzulassen. Ist er dann wieder in seine ungestörte Ausübung gesetzt, so kann er nun ruhig abwarten, bis sein Gegner als Kläger die Rechtsfrage zum Proceß bringt und zu diesem Zweck mit der negatoria actio gegen ihn auftritt, wo aber dann auf diesem (Kläger) die Beweislast liegt[3]. Inzwischen bleibt er in der Ausübung der Servitut und genießt alle Vortheile derselben.

Beilage.

Die possessorischen Rechtsmittel bei Servituten sind verschieden je nach dem Inhalt der Servitut. Man muß daher unterscheiden:

A. Servituten, mit welchen die Detention der dienenden Sache selbst verbunden ist. Dies ist bloß der Fall beim usus fructus und usus (denn die »habitatio« bildet bei uns keine besondere servitus (§ 156 Beil. II). Hier hat der quasi possessor der Servitut, d. h. Derjenige, der die Sache in Händen hat und faktisch den Inhalt einer der genannten Servituten an ihr ausübt, in Beziehung auf seine quasi possessio dieselben possessorischen Interdikte, welche der Sachbesitzer in Beziehung auf die Sache selbst hat, also wenn er aus der Detention der Sache entsetzt wird, ein interdictum de vi utile und das remedium spolii; wenn er in der Ausübung der Servitut bloß gestört wird, das interdictum uti possidetis und utrubi utile ganz nach den in § 128 Beil. ausgeführten Grundsätzen. Arndts § 192 Note a, b, Savigny Besitz § 45.

B. Servituten, mit welchen die Detention der dienenden Sache nicht verbunden ist und zwar

I. Negative Servituten, z. B. ne prospectui officiatur, altius non tollendi u. dergl. Bei diesen kennen unsere Rechtsquellen ein possessorisches Rechtsmittel nicht, und es bleibt daher Demjenigen, der in der Ausübung einer solchen Servitut gestört wird, z. B. wenn der Eigenthümer der dienenden Sache noch höher baut, Nichts übrig, als mit der confessoria actio, also petitorisch gegen ihn zu klagen, oder auch der bei Arndts §§ 329 ff. angeführten Rechtsmittel, wenn ihre Voraussetzungen vorhanden sind, sich zu bedienen; s. auch Arndts § 192 Anm. 4 a. E. Bruns Besitz S. 89 ff.

II. Affirmative Servituten und zwar solche, die durch eine mit der Sache des Servitutberechtigten zusammenhängende dauernde Vorrichtung ausgeübt werden, z. B. ich besitze ein Haus, an welches ein Balkon angebaut ist, der in die Luftschicht über dem Grundstück des Nachbars hineinragt, bin also in der quasi possessio einer servitus proiciendi. Bei solchen Servituten bedarf es für den Besitzer der herrschenden Sache zum Schutze in der quasi possessio der Servitut nicht eines besonderen possessorischen Rechtsmittels; denn wenn er in dem Besitz einer solchen Servitut ist und nun in der Ausübung derselben gestört wird: so ist dies zugleich eine Störung in seinem Besitze der Sache, und er kann sich daher mit dem interdictum uti possidetis zum Schutz im Besitz der Sache helfen; Arndts § 192 Anm. 4. Savigny Besitz § 46 a. E.

III. Affirmative Servituten, welche die unter II. angeführte Natur nicht haben, namentlich solche, die bloß durch intermittirende Handlungen ausgeübt werden (servitutes discontinuae in dem in § 150 Beil. Nr. I ausgeführten

---

[3] Über letztere s. oben § 145.

Sinne), wie Wegegerechtigkeiten, Weiderechte, Beholzungsrechte u. dergl. Bei ſolchen Servituten kann ſchon ihrer faktiſchen Natur wegen von dem unter Nr. II. Angeführten nicht die Rede ſein. Viele aber (beſ. Ältere, aber auch noch Thibaut Pand. § 769 a. E.) behaupten, wenn man in der quasi possessio ſolcher Servituten turbirt werde: ſo könne man ſich der Interdikte bedienen, die für die corporis possessio eingeführt ſeien, alſo der in § 128 Beil. ausgeführten, bei Störung des interdictum uti possidetis, bei Entſetzung des interdictum unde vi. Allein keine Stelle der römiſchen Quellen ſagt Etwas davon (vergl. Savigny Beſitz S. 586 ff.); auch läßt ſich der Unterſchied zwiſchen bloßer Störung und Entſetzung ſelten bei Servituten anwenden, welche bloß durch zuſammenhängende, intermittirende Handlungen ausgeübt werden, die man, wenn man auch an ihrer Ausübung gehindert wurde, möglicherweiſe zu jeder Zeit wieder ausüben könnte; D. de usurp. 41, 3 l. 4 § 27. Dazu kommt noch, daß es bei ſolchen Servituten bedenklich ſein würde, ein poſſeſſoriſches Rechtsmittel zum Schutze im Beſitz ohne Weiteres zu geben, da der Beſitz hier ſchon durch eine einmalige vorübergehende Ausübungshandlung erworben werden kann. Deßhalb führte das römiſche Recht für die häufigſten Fälle ſolcher Servituten ganz beſondere poſſeſſoriſche Rechtsmittel ein, deren Bedingungen aber es in ganz beſonderer Weiſe beſtimmt. Dieſe Rechtsmittel ſind:

1) ein interdictum »de itinere actuque privato«, d. h. zum Schutze im ungeſtörten Beſitz einer Wegegerechtigkeit (iter, actus oder via) D. de itin. 43, 19 l. 1 pr. § 2.

2) ein interdictum »de aqua« zum Schutze im Beſitz eines Waſſerleitungsrechtes, ſei es eines, deſſen Ausübung an keine beſondere Jahreszeit gebunden iſt (»de aqua quotidiana«), oder eines, das nur Sommers ausgeübt werden kann (»de aqua aestiva«), und auch in Folge einer analogen Ausdehnung durch die Doktrin bei einem nur für den Winter in Anſpruch genommenen; D. de aqua quot. 43, 20 l. 1 pr. § 1—3 § 25, 35.

3) Interdictum »de rivis«, wenn der im Beſitz eines Waſſerleitungsrechtes Befindliche an der Ausbeſſerung oder Reinigung der Waſſerleitung gehindert wird, zum Schutze in der Vornahme dieſer Ausbeſſerung; D. de rivis 43, 21 l. 1 pr. § 1, 8, 9. Später wurde dieſes Interdikt durch die Doktrin auch analog ausgedehnt auf Ausbeſſerung und Herſtellung eines Dampfleitungskanals D. l. c. l. 3 § 6.

4) Interdictum »de fonte« zum Schutze in der Ausübung eines Waſſerſchöpfrechtes (»aquaehaustus«), oder auch eines Viehtränkerechtes D. de fonte 43, 22 l. un. pr. § 1—3 § 5.

5) Interdictum »de fonte reficiendo«, wenn der im Beſitz eines aquaehaustus Befindliche an der Ausbeſſerung oder Reinigung der Quelle oder des Brunnens u. dergl., woraus er ſchöpft, gehindert wird, zum Schutze in dieſer Ausbeſſerung D. l. c. l. un. § 6—10.

6) Interdictum »de cloacis«, wenn Derjenige, der den Unrath von ſeinem Grundſtücke mittelſt einer Leitung durch ein fremdes Grundſtück führt, an Ausbeſſerung und Reinigung der Kloake gehindert wird, D. de cloac. 43, 23 l. 1 pr. § 1, 2, 5, 6, 8—12.

Die Grundſätze bei dieſen beſonderen Interdikten gehen dahin:

a. Der Kläger muß beweiſen, daß von der Anſtellung des Interdikts an rückwärts gerechnet im letzten Zeitjahr die Servitut als ſolche wenigſtens ein Mal ausgeübt wurde, z. B. im Falle von Nr. 4 u. 5, daß wenigſtens ein Mal Waſſer geholt wurde, im Falle von Nr. 2 u. 3, daß wenigſtens ein Mal Waſſer aus der Leitung bezogen wurde, D. d. aq. quot., l. 1 § 4, 21, 22, 29, 33—36; de rivis l. 1 pr. § 8, 9 l. 4; de fonte l. un. pr. § 3, 11, und zwar ſei es vom Kläger ſelbſt oder von dem früheren Inhaber der herrſchenden Sache oder ſonſt einem Dritten gleichſam im Namen und für die herrſchende Sache, z. B. von einem Dienſtboten des Klägers, ſeinem Pachter, ſeinen Gäſten ꝛc. D. d. itin. l. 3 § 4, 5, 7, 8 l. 7; de aq. quot. l. 1 § 37; de rivis l. 3 § 7; de fonte l. un. § 3, 11.

b. Besonderes aber gilt noch bei Wegegerechtigkeiten (Nr. 1). Hier muß der Kläger mehrere Ausübungsakte beweisen; er muß beweisen, daß im letzten Jahre schon längere Zeit, wenigstens an 30 Tagen, die Servitut ausgeübt worden sei, D. de itin. l. 1 § 2, 3. Die Worte in dieser Stelle: »si usus est non minus, quam triginta diebus« werden zwar verschieden ausgelegt; allein sie lassen sich, wie auch die in der Praxis herrschende Ansicht annimmt, nicht wohl anders übersetzen, als dahin, daß die Servitut an 30 Tagen ausgeübt worden sein müsse, s. Savigny Besitz § 46 S. 485 (6. Ausg. S. 591 Note 2, Arndts § 192 Anm. 2, Keller Pand. § 186 S. 366. Wie ist es aber, wenn eine Wegeservitut so bestellt worden ist, daß sie nur während einer kurzen Zeit im Jahre ausgeübt werden darf, z. B. eine Fahrgerechtigkeit lediglich zu dem Zwecke, um zur Zeit der Ernte den Weg zur Einheimsung der Früchte zu benutzen, so daß also der Servitutberechtigte, wenn er auch die vollständigste Ausübung von seiner Servitut macht, vielleicht höchstens 12 Mal den Fahrweg im Jahre zu benutzen in der Lage ist. Auf solche Fälle können sich die »triginta dies« unmöglich beziehen. Man muß daher bei ihnen annehmen, entweder daß hier das Interdikt ganz ausgeschlossen ist, oder, was richtiger sein wird, daß zum Interdikt die kürzere Zeit genügt, in welcher im Jahre eine solche Servitut überhaupt ausgeübt zu werden pflegt.

c. Hat ein Zufall, z. B. eine Überschwemmung oder Gewalt eines Dritten, die Ausübung im letzten Jahre gehindert: so wird der Kläger dahin in integrum restituirt, daß er nun auf die Ausübungsakte in dem dem letzten Jahre vorangegangenen Jahre sich berufen darf; D. de itin. l. 1 § 9.

d. Die Ausübungsakte, die zur Begründung der Klage erforderlich sind (Lit. a. u. b.), müssen unmangelhaft sein, d. h. sie dürfen nicht mit Gewalt, nicht heimlich, auch nicht bloß auf widerrufliche Gestattung hin (nicht »vi, clam, precario«) geschehen, D. de itin. l. 1 pr. § 2, 11 l. 3 § 2; de aq. quot. l. 1 pr. § 10, 29; de rivis l. 1 pr. § 9; de fonte l. 1 pr. § 6. Zur mangelhaften Ausübung gehört hier auch schon, wenn der Inhaber der dienenden Sache der Ausübung widersprach und später gegen diesen Widerspruch sie doch erfolgte; D. de itin. l. 3 pr. § 1, 2. Natürlich aber schadet eine vi, clam oder precario geschehene Ausübung einzelner Akte dann nicht, wenn andere Ausübungsakte in der zur Begründung der Klage erforderlichen Zahl nachgewiesen werden können, welche diese Mängel nicht haben; D. de aq. quot. l. 1 § 20; de itin. l. 1 § 12 l. 2 l. 3 pr. l. 6.

Beim interdictum de cloacis (Nr. 6) aber stehen die angeführten vitia der Klage gar nicht entgegen, weil das ganze Publikum an der Ausbesserung interessirt ist; D. de cloacis l. 1 § 7.

e. In den Fällen, in welchen ein Akt hinreicht (Lit. a), muß der Kläger bei der Ausübung in der nicht auf einen bloßen Rechtsirrthum gestützten Meinung gewesen sein, daß er dazu berechtigt sei, daß ihm also die Servitut wirklich zukomme; D. de aq. quot. l. 1 § 10, 19, 39, vgl. mit D. de rivis l. 3 § 7, de fonte l. un. § 3, 11.

f. Zu bemerken ist aber, daß der Kläger bloß die geschehenen Ausübungsakte (Lit. a, b) zu beweisen hat (D. de itin. l. 1 § 4), nicht aber auch, daß die unter d und e angeführten Erfordernisse vorhanden gewesen seien; es ist vielmehr Sache des Beklagten, wenn er glaubt, daß die Ausübung eine mangelhafte (Lit. d, e) gewesen sei, Dieses als Einrede vorzubringen und zu beweisen, vgl. oben § 101 Beil. II Nr. II 1, 2. (Th. I S. 524).

g. Die angeführten Interdikte gehen gegen jeden eigenmächtigen Störer auf Ablassung von der Störung, welche gewöhnlich unter Strafandrohung auferlegt wird, und auf Schadenersatz; D. de aq. quot. l. 1 § 23, 25, 27 l. 7; de itin. l. 3, § 3, 5.

Über alle diese Requisite vgl. auch Heerwart in der Gießener Zeitschrift für Civilrecht ꝛc. Bd. XII S. 184—209.

7) Es giebt noch andere intermittirende Servituten, z. B. Weiderechte ꝛc. Finden auch bei solchen Servituten Rechtsmittel zum Schutze im Besitze statt? Die Quellen des römischen Rechts sagen Nichts davon; denn sie sprechen bloß von den unter Nr. 1—6 angeführten Fällen. Daraus folgt aber nicht, wie Manche glauben, daß auch bei uns in anderen Fällen intermittirender Servituten ein possessorisches Interdikt nicht zulässig sei. Das römische Recht führte nämlich eben für die Fälle, die bei den Römern die wichtigeren und häufigeren waren, die angeführten Interdikte ein; bei uns aber sind auch noch andere Fälle zum Theil in gleicher Weise, zum Theil noch mehr häufig und wichtig, namentlich die Weide- und die Beholzungsgerechtigkeiten. Wir müssen daher hier verfahren, wie in ähnlichen Fällen die römischen Juristen selbst verfuhren (s. Nr. 2 a. E. u. Nr. 3 a. E.), d. h. die angeführten Interdikte auf solche andere Fälle analog ausdehnen. Damit stimmt auch in so fern das deutsche Gewohnheitsrecht überein, als es auch bei allen übrigen intermittirenden Servituten possessorische Interdikte zuläßt, und auch die herrschende Theorie erkennt dies an. Nur streitet man darüber, welche Interdikte hier analog anzuwenden seien. Manche, z. B. Savigny Besitz § 46, 50 S. 483, 518 (S. 589, 631 der 6. Ausg.), Arndts § 192 Anm. 6, glauben, es sei das remedium spolii (vgl. oben § 128 Beil. Lit. C, II) hier anzuwenden. Allein dieses paßt in der Regel nicht hieher, da von einer eigentlichen Besitzentziehung und Entsetzung in solchen Fällen höchst selten gesprochen werden kann; vgl. auch Savigny selbst, Besitz S. 481 587. 6. Ausg.) Vielmehr muß man, wenn man nicht in Willkür verfallen will, die vorhin angeführten Interdikte analog anwenden, also in solchen Fällen zwar ein possessorisches Rechtsmittel geben, aber nach den Grundsätzen, welche bei den oben Nr. 1—6 angeführten in den Quellen genannten Interdikten regelmäßig statt finden, somit hier die unter Lit. a, c—g angeführten Grundsätze anwenden, nicht aber auch den Grundsatz Lit. b., wie Buchta Pand. § 139 und nach ihm Keller Pand. § 186 a. E. zum Theile wollen, weil dieser bloß eine Besonderheit bei Wegeservituten bildet (hierdurch erledigt sich auch das Bedenken, welches Arndts a. a. O. aufwirft); s. besonders Heerwart a. a. O. S. 177—181.

Noch führt man häufig ein interdictum »de itinere actuve reficiendo« unter den possessorischen Rechtsmitteln an; vgl. Arndts § 192 bei Note f. Allein dieses gehört gar nicht zu den rein possessorischen Interdikten. Wer nämlich eine Wegegerechtigkeit an einem fremden Grundstück hat, und an der Ausbesserung des Wegs gehindert wird, hat gegen den Hindernden ein interdictum »de itinere reficiendo«; aber um damit durchzudringen, muß er Besitz und Recht beweisen, d. h. er muß nicht nur beweisen, daß er die Wegegerechtigkeit im letzten Jahre ausübte, sondern auch, daß ihm wirklich die Servitut an der Sache zustehe D. de itin. 43, 19 l. 3 § 11—14. Dieses Interdikt ist also ein petitorisches, auf das Recht selbst (d. h. darauf, daß man wirklich eine Servitut erworben habe) gestütztes Rechtsmittel, eine confessoria actio in der Form eines possessorischen Interdikts; es mußte daher, nachdem das alte Interdiktsverfahren abgekommen war, seine besondere Bedeutung verlieren, vgl. auch Savigny Besitz § 46 S. 489 (S. 597 der 6. Ausg.). Nur so fern bei uns die possessorischen Interdikte im summarischen Processe behandelt werden, könnte man es mit Keller Pand. I S. 368 bei uns noch für praktisch erklären; aber in der Regel wird es besser sein, mit der confessoria actio zu klagen, weil man bei dieser nur das Recht, nicht auch noch den Besitz zu beweisen hat. Die Gründe aber, auf welche hier bei diesem Interdikte das römische Recht die Nothwendigkeit des Beweises des Rechts stützt, sind der Art (l. 3 § 13 cit.), daß man auch für unser Recht noch die Gültigkeit dieser Bestimmung und die Unzulässigkeit eines bloßen possessorischen Rechtsmittels in diesem Falle behaupten muß.

Erlöschung der Servituten.

§ 162.

(Arndts §§ 193. 194.)

Man muß hier unterscheiden

I. Erlöschungsgründe, die bei jeder Art von Servituten eintreten können. Diese sind:

1) Confusio[1];

2) Verzicht, d. h. wenn der Servitutberechtigte der Servitut entsagt und diese Entsagung von dem Eigenthümer der dienenden Sache acceptirt ist[2]; oder wenn bei einer Realservitut der Eigenthümer der herrschenden Sache dem der dienenden die Freiheit von der Servitut vermacht (legirt)[3].

3) Wenn das Eigenthum Dessen, der eine Servitut an seiner Sache einräumte, ex tunc wieder aufgelöst wird[4].

4) Wenn ein Emphyteuta oder Superficiar die Servitut an dem Grundstück bestellte und später sein Recht am Grundstück erlischt[5].

5) Wenn die Servitut bloß auf bestimmte Zeit oder unter einer Resolutivbedingung bestellt wurde, und diese eintritt[6].

6) Wenn die dienende Sache untergeht[7]; doch lebt die Servitut wieder auf oder ist, falls die Verjährungszeit inzwischen verflossen ist, wiederherzustellen, wenn die Sache wiederhergestellt wird[8].

Bei der servitus ususfructus und usus an einzelnen Sachen (nicht an einem Vermögen) aber treten in so fern strengere Grundsätze ein, als diese Servituten schon erlöschen durch eine wesentliche Umgestaltung der dienenden Sache oder durch eine solche

---

[1] S. oben § 148 Nr. VII und § 96 (Th. I S. 488). Über theilweise confusio s. oben § 151 Beil. Lit. A II a. E.

[2] Auch tacite — sobald der Berechtigte dem Eigenthümer der res serviens Etwas gestattete, wodurch die Ausübung der Servitut bleibend unmöglich wird. Arndts § 193 Note d.

[3] Arndts § 193 und über die Anm. 2 s. oben § 69 Beil. III (Th. I S. 337 Lit. c u. d).

[4] S. oben § 69 Lit. C II 2 (Th. I S. 329).

[5] S. oben § 159 Nr. I 1.

[6] Arndts § 194 Note g. h. Vgl. oben § 157 Nr. V.

[7] S. oben § 91 Nr. 1 (Th. I S. 472), vgl. Arndts § 194 Note a. b.

[8] D. quemadm. serv. 8, 6 l. 14 pr.; de usufr. 7, 1 l. 71.

Änderung, bei welcher auf die Sache nicht mehr der Begriff anwendbar ist, unter dem die Servitut an ihr bestellt wurde, z. B. wenn ich Jemandem den Nießbrauch einer „Wiese" oder eines „Viergespanns" einräumte und die Wiese überbaut wird oder eines der Pferde umkommt[9]; auch lebt der erloschene Nießbrauch nicht wieder auf, wenn etwa der untergegangene Gegenstand (z. B. ein Haus) wiederhergestellt, aber eigentlich ein ganz neuer ist[10].

Von selbst versteht es sich aber, daß wenn der Inhaber der dienenden Sache in solchem Falle durch eine Änderung der Sache den Untergang herbeiführte, er dafür dem Servitutberechtigten vollen Ersatz geben muß[11].

7) Erlöschende Verjährung. Es kann nämlich eine Servitut, also das dingliche Recht, geradezu untergehen durch non usus. Dies gilt bei allen Servituten mit Ausnahme des ususfructus alternis annis legatus[12] und der bei uns nicht praktischen habitatio[13].

Die Verjährungszeit war im älteren römischen Recht bei Servituten an Mobilien 1 Jahr, bei Servituten an Grundstücken 2 Jahre. Justinian aber änderte dies dahin, daß bei jeder Servitut die Erlöschung nur eintrete, wenn der non usus inter praesentes 10 Jahre, inter absentes 20 Jahre lang gedauert habe[14]. Wenn jedoch eine Servitut so bestellt wurde, daß sie nur in Zwischenräumen von einem Monat oder mehr ausgeübt werden dürfe, so sind stets 20 Jahre zur Verjährung nöthig[15].

Im Übrigen ist noch zu unterscheiden:

a. manche Servituten erlöschen durch bloßen non usus, d. h. lediglich dadurch, daß die Servitut innerhalb der Verjährungszeit nicht ausgeübt wurde; dies ist der Fall beim ususfructus und usus[16], ferner bei allen intermittirenden Servituten (den rusticae im uneigentlichen Sinn)[17]. Natürlich aber wird die Verjährung unter-

---

[9] Arndts § 194 Note b.
[10] Arndts l. c.; D. quib. mod. usufr. 7, 4 l. 5 § 2. 3, l. 10 § 1. 7. 8.
[11] D. l. c. l. 5 § 3, l. 6. 7.
[12] D. quib. mod. usufr. 7, 4 l. 28. Arndts § 194 Anm. 2.
[13] S. oben § 156 Beil. II. [14] Arndts § 194 Anm. 2.
[15] Arndts § 194 Note k. [16] I. de usufr. 2, 4 § 3.
[17] Vgl. oben § 158 Nr. I 2. D. de S. P. R. 8, 3 l. 18; quemadm. serv. am. 8, 6 l. 10 § 1 und l. 19 § 1.

brochen, somit die Servitut erhalten, wenn der Berechtigte noch vor Ablauf der Verjährungszeit konfessorisch klagt oder irgend ein Gebrauch von der Servitut gemacht wurde, sei es vom Berechtigten oder von einem Dritten, welcher die Servitut ausüben will[18].

b. Bei den ständigen Servituten (den urbanae im uneigentlichen Sinn[19]) reicht bloßer non usus nicht hin, sondern wird zur Erlöschung noch erfordert eine usucapio libertatis von Seiten des Inhabers der dienenden Sache, d. h. die Servitut erlischt erst, wenn direkt gegen die Servitut gehandelt wurde und zwar non vi, non clam, non precario, und dadurch die Ausübung der Servitut aufgehoben wurde, z. B. bei einer servitus prospectus die Aussicht verbaut wurde, und von da an, ohne daß der Berechtigte klagt, die Verjährungszeit abläuft[20]. Dies erklärt sich daraus, daß ohne eine solche entgegengesetzte Handlung solche Servituten sich von selbst ausüben, sobald einmal ihre Ausübung begonnen hat und sie daher durch bloße Unthätigkeit des Beklagten nicht verloren gehen können.

II. Besondere Erlöschungsgründe sind

1) bei Personalservituten:

a. der Tod des Berechtigten; bei juristischen Personen der Ablauf von 100 Jahren[21].

b. Der gesetzliche Nießbrauch des Hausvaters an den adventitia der Hauskinder erlischt in der Regel mit dem Aufhören der väterlichen Gewalt[22].

2) Bei Realservituten. Diese erlöschen noch, wie jedes Realrecht:

a. durch den Untergang der herrschenden Sache[23];

b. dadurch, daß das Eigenthum des herrschenden und des dienenden Grundstücks an eine und dieselbe Person kommt, z. B. durch Beerbung[24].

---

[18] Arndts § 194 Note l. m. [19] Oben § 158 Nr. I 2.

[20] D. de S. P. U. 8, 2 l. 6, l. 7, l. 32 § 1; quemadm. serv. am. 8, 6 l. 18 § 2. Arndts § 194 Note n.

[21] S. oben § 153 Nr. I a.

[22] S. die Lehre von der väterlichen Gewalt.

[23] S. oben § 38 Nr. V a. E. (Th. I S. 188).

[24] Oben § 148 Nr. VII und § 96 Nr. I A 1 b (Th. I S. 488). Vgl. auch oben § 151 Beil. Lit. A Nr. II. — Über die Frage, ob eine partielle Erlöschung einer Servitut möglich ist, s. oben § 151 Beil. Lit. A Nr. II und Lit. B d, D. 2. 3 b.

Drittes Kapitel. Das Emphyteutrecht.

Einleitung. Das sogenannte Nutzungs- oder Untereigenthum.

§ 163.

(Arndts § 195.)

Das römische Recht giebt in manchen Fällen einem Berechtigten gegen den Inhaber einer Sache eine rei vindicatio utilis auf Herausgabe derselben, d. h. eine dingliche Klage nach Analogie der rei vindicatio, und zwar giebt es diese Klage

a. dem wirklichen Eigenthümer der Sache in gewissen Fällen, in denen ursprünglich ein Eigenthum nicht anerkannt war, also die rei vindicatio (directa) nicht statt hatte; z. B. der prätorische Erbe (bonorum possessor) machte sein Eigenthum an den Sachen des Erblassers durch eine rei vindicatio utilis geltend[1].

b. in gewissen Fällen einem Nichteigenthümer, der bloß ein ius in re an einer fremden Sache hat, aber ein sehr ausgedehntes, nämlich dem Emphyteuta und dem Superficiar[2].

Die Glossatoren nannten in diesen Fällen (a und b) den Berechtigten einen dominus utilis, weil er sein Recht mit einer rei vindicatio utilis geltend machen konnte. Dies war freilich unrichtig; denn in den Fällen von a. ist der Berechtigte wirklicher Eigenthümer, in den von b. aber ist er gar nicht Eigenthümer, sondern hat nur ein ius in re aliena. Deßhalb gab man später für die Fälle von a. diese Bezeichnung auf. Allein sie erhielt sich für die Fälle von b. bis in unser Jahrhundert und wurde auch noch auf einige ähnliche deutschrechtliche Verhältnisse erstreckt. Man faßte aber dabei das »utilis« nicht im Sinne von „analog" auf, sondern im Sinne von „auf Nutzen gehend". Man bezeichnete nämlich die unter b. angeführten und noch einige ähnliche sehr ausgedehnte iura in re durch dominium utile, Nutzungs- oder Untereigenthum und nannte dann in solchen Fällen das wirkliche Eigenthum an der Sache ein dominium directum oder Obereigenthum und diese Bezeichnung ging auch in die

[1] Arndts § 466 Note e. Ebenso gehören hierher die oben in § 143 Beil. I angeführten Fälle.

[2] Arndts § 195 Note e.

meiſten früheren Partikularrechte über und erklärte und erhielt ſich hauptſächlich aus dem Grund, weil jene iura in re ſo ausgedehnt ſind, daß ſie beinahe die Ausübung aller Eigenthumsrechte enthalten — und dadurch ſich dem Eigenthum ſehr nähern, weßhalb auch im gemeinen Leben der Inhaber eines ſolchen ius in re gewöhnlich Eigenthümer genannt wird. Aber man darf dabei nie vergeſſen, daß dieſes ſog. Nutzungs- oder Untereigenthum gar nicht wirkliches Eigenthum an der Sache iſt, ſondern nur ein ſehr weit gehendes ius in re. — Von den Servituten unterſcheiden ſich dieſe Rechte beſonders dadurch, daß ſie weder an eine beſtimmte Perſon, noch an eine beſtimmte Sache gebunden, ſondern ſelbſtändige, veräußerliche und vererbliche Rechte ſind, und daß ihr Inhalt viel weiter, als der der Servituten, geht, indem ſie namentlich bis auf einen gewiſſen Grad auch ein Recht der Verfügung über die Subſtanz der Sache ſelbſt geben. Die Fälle dieſes ſog. dominium utile ſind:

1) das Recht des Vaſallen an einem Ritterlehen[3];

2) das Superficiarrecht (§ 165);

3) das Emphyteutrecht (§ 164) und

4) das demſelben analoge deutſchrechtliche Bauerlehen oder bäuerliche Erbzinsgutsrecht (§ 164).

Das Emphyteutrecht.

§ 164.

(Arndts §§ 196—199.)

Wenn Jemand Ländereien im Eigenthum hat, die er nicht ſelbſt adminiſtriren will oder kann, ſo iſt, wenn er ſie ſich nutzbar machen will, das Nächſtliegende, daß er ſie verpachtet. Dadurch wird aber bloß eine obligatio mit dem Pachter begründet. Das Verhältnis löſt ſich auf mit Ablauf der Pachtzeit und wenn keine beſtimmt wurde, durch willkürliche Kündigung. Der Pachter hat kein ius in re, kann alſo, wenn der Eigenthümer das Grundſtück veräußert, vom neuen Eigenthümer ausgetrieben werden u. ſ. w. Der Bebauer eines ſolchen Grundſtücks hat aber, beſonders wenn es ihm auf lange Zeit überlaſſen wird, ein großes Intereſſe, an der Sache ein feſteres Recht zu

[3] Darüber ſ. das Germanicum.

bekommen, und auch für den Eigenthümer kann es in manchen Fällen von Intereſſe ſein, das Verhältnis zu einem feſteren zu machen, beſonders bei Ländereien, die erſt zu kultiviren ſind.

Auf ſolchen Gedanken beruht die Entſtehung des Emphyteutrechts. Die römiſchen Stadtgemeinden pflegten Stücke ihrer großen Ländereien in ewigen Pacht, in eine Erbpacht zu geben, ſo daß der Pachter und deſſen Erben und Erbes-Erben ſie zur Kultur und Benutzung haben ſollten, ſo lange ſie die für den Genuß ſtipulirte Abgabe ordentlich zahlen würden. Später wurde dann einem ſolchen Bebauer (um ihm feſteres Recht an der Sache zu verſchaffen) zu ſeinem Schutze eine dingliche Klage gegeben, mit der er ſein Recht auch gegen jeden ſpäteren Eigenthümer der Grundſtücke geltend machen konnte, und ſo bildete ſich ſein Recht zu einem dinglichen Rechte an der Sache ſelbſt. Die Abgabe wurde im Gegenſatz zum gewöhnlichen Pachtgeld vectigal genannt, das Grundſtück ſelbſt ager vectigalis. Auch wurde zugelaſſen, daß das gleiche dingliche Recht auf Zeit beſtellt werden konnte[1].

In den griechiſchen Provinzen des römiſchen Reichs bildete ſich allmählich ein ähnliches Inſtitut, das ius emphyteuticum, urſprünglich wohl hauptſächlich bei unkultivirten Grundſtücken, die in Erbpacht zur Kultivirung gegeben wurden. Davon hat wohl das Inſtitut ſeinen Namen, und daraus erklärt ſich auch, daß in den ſpäteren kaiſerlichen Konſtitutionen das Emphyteutrecht häufig bezeichnet wird durch meliorationes[2].

Beſonders waren es die Kaiſer, die ihre großen Privatdomänen nach emphyteutiſchem Recht vergaben; auch geſchah es häufig von den chriſtlichen Kirchen und von Gemeinden und am Ende auch von Privaten.

Worin aber jenes Vektigalrecht und dieſes Emphyteutrecht in den Rechtsgrundſätzen ſich unterſchieden habe, wiſſen wir nicht. Jedenfalls wurden die Unterſchiede zwiſchen ihnen allmählich ganz ausgeglichen und deßhalb behandelt das ſpätere römiſche Recht Beides als ein und dasſelbe Inſtitut[3].

[1] D. si ager vectigalis 6, 3 l. 1—3.

[2] Cod. de iure emphyt. 4, 66 cst. 1; Nov. 120 cap. 6, 8. Indeß bildete Letzteres, die Kultivirung unkultivirter Ländereien, nicht etwas Weſentliches beim Inſtitut, ſondern wohl nur die Hauptveranlaſſung.

[3] S. die Rubr. von D. 6, 3 (si ager vectig. i. e. emphyt.) und D. qui satis-

Gleiche Verhältnisse führten auch in Deutschland im Mittelalter auf ähnliche Institute. Die größeren Grundeigenthümer gaben einen Theil ihrer Grundstücke einem Bauern bald in Zeitpacht, bald zu einem festen dinglichen Recht, und zwar letzteres bald nach den Grundsätzen der römischen Emphyteuse, sog. Erbzinsgutsrechte, was besonders häufig von den Kirchen geschah, bald nach Analogie der Ritterlehen, sog. Bauerlehen. Das Recht bei den letzteren aber war in den meisten Beziehungen dem Emphyteutrecht ähnlich.

So waren bis in unser Jahrhundert theils Emphyteusen, theils sehr ähnliche Verhältnisse in Deutschland sehr häufig, und sie sind gemeinrechtlich noch praktisch. Nur ist es eine Richtung unserer Zeit, die Emphyteutrechte und die (deutschen) Bauerlehen durch die Gesetzgebung ganz zu beseitigen, wobei aber noch sehr die Frage ist, ob dies legislativ gebilligt werden kann, indem nun an ihre Stelle meist das bloß obligatorische Pachtverhältnis tritt[4].

Emphyteutrecht[5], ius emphyteuticum, ist ein veräußerliches und vererbliches dingliches Recht an einem fremden Grundstück, bei dem man zwar die Sache in gutem Stand erhalten und gewisse jährliche Abgaben, Kanon, an den Eigenthümer zahlen muß, im Übrigen aber die umfassendste selbstnützige Herrschaft über sie zu üben befugt ist.

Die emphyteutikarische Sache bleibt im Eigenthum ihres bisherigen Eigenthümers, des dominus emphyteuseos; der Emphyteuta hat nur ein ius in re aliena (an der Sache[6]), das aber fast alle im Eigenthum liegenden Befugnisse enthält, so daß dadurch das Eigenthum des dominus auf einen höchst beschränkten Kreis von Befugnissen zusammengedrückt wird. Allein sobald das Emphyteutrecht aus irgend einem Grunde erlischt, z. B. der Emphyteuta es verwirkt[7] oder es aufgiebt, so macht sich das Eigenthum in seiner vollen Ausdehnung wieder geltend und wird nun freies Eigenthum[8].

---

dare cogantur 2, 8 l. 15 § 8, eine Stelle, die wohl interpolirt ist. — Die Hauptquellen für dieses Institut sind Konstitutionen von Kaiser Zeno (im Cod.) und Justinian (in Cod. und Justinians Novellen).

[4] Vgl. z. B. die Pachtverhältnisse in Irland.

[5] S. besonders die Abhandlungen von Arndts Die Emphyteuse im Rechtslexikon III S. 849 f.

[6] D. si ager vect. 6, 3 l. 1 § 1, vgl. de legat. I (30) l. 71 § 5; de reb. eor. 27, 9 l. 3 § 4.

[7] Arndts § 199 Nr. 6. [8] Vgl. oben § 119 im Anf.

Über die Rechte und Pflichten des Emphyteuta und die Entstehung und Erlöschung des Emphyteutrechts ist Folgendes herauszuheben[9].

I. Es gehören dem Emphyteuta nicht nur alle Früchte, deren Eigenthum er (nicht erst durch perceptio, sondern) schon durch jede eingetretene separatio erwirbt[10], sondern auch Bezüge, die nicht unter den Fruchtbegriff fallen, sobald sie nur die Bestimmung haben, von der Sache getrennt zu bleiben, wie z. B. Fallholz, Windbrüche.

II. Auch in der Disposition über die Substanz der Sache ist er an die Beschränkungen eines Nießbrauchers[11] nicht gebunden; er kann ihre Bestimmung ändern, den Grund und Boden überbauen u. dgl.[12]. Dies erklärt sich aus der Dauer und Vererblichkeit seines Rechts (die mit demselben in der Regel verbunden ist). Was er bei solchen Änderungen aus der Sache zieht, z. B. beim Ausroden eines Waldes, gehört ihm; er hat hierbei nur eine Schranke zu beobachten; er muß dafür sorgen, daß der Werth der Emphyteuse im Ganzen nicht verschlechtert wird[13]; sonst wird er zum Ersatz verpflichtet[14] und, ist eine Kirche oder milde Stiftung Eigenthümerin der Sache, so kann sie wegen solcher Verschlechterungen ihm das Emphyteutrecht entziehen[15].

III. Der Emphyteuta hat das Recht, sein Emphyteutrecht an Andere zu veräußern, sei es durch Verkauf oder Tausch oder Schenkung[16]. Auch kann er es verpfänden[17].

IV. Der Emphyteuta kann über sein Recht auch durch letzten Willen disponiren, es Jemandem vermachen. Verfügt er nicht besonders darüber, so geht es eben auf seine Erben als Theil seines Nachlasses über[18].

---

[9] Im Übrigen s. Arndts § 196—199.

[10] D. de usur. 22, 1 l. 25. Vgl. oben § 136.

[11] Arndts § 179 Nr. 2. [12] Vgl. Arndts § 196 Note d.

[13] Vgl. Nov. 7 cap. 3 § 2; Nov. 120 cap. 6.

[14] Vgl. Nov. 7 l. c.

[15] Vgl. Nov. 120 cap. 8. — Das Letztere wollen Viele auf alle Emphyteusen ausdehnen (auch Arndts § 199 Nr. 6 a). Allein mit Unrecht, da es eine Singularität ist, welche man nicht verallgemeinern darf.

[16] Vgl. I. de locato 3, 24 § 3; Cod. h. t. 4, 66 cst. 3.

[17] D. de pignor. act. 13, 7 l. 16 § 2. Doch hat er hierbei gegen den Eigenthümer Gewisses zu beobachten. Hierüber und über das Vorkaufsrecht des Eigenthümers und dessen Recht auf ein laudemium s. Arndts § 197 Nr. 3.

[18] Vgl. Arndts § 196 Note f.

V. Sehr bestritten ist, ob Wer in der faktischen Ausübung des Inhaltes eines Emphyteutrechtes an einem Grundstück sich befindet, als wirklich Berechtigter oder nicht, possessor der Sache oder bloßer detentor sei. Viele[19] nehmen an, ein solcher sei wirklich corporis possessor des emphyteutikarischen Grundstücks. Andere dagegen behaupten, in solchem Falle sei der Eigenthümer des Grundstücks auch possessor (corporis possessor), der Emphyteuta sei nur der detentor des Grundstücks und iuris quasi possessor des Emphyteutrechts, dessen Inhalt er an der Sache ausübe. Die römischen Quellen äußern sich nicht genau darüber. Nach dem Besitzbegriffe aber muß man der letzteren Ansicht beitreten; denn der Emphyteuta erkennt ja, so lange er sich bloß als solchen gerirt, den Eigenthümer des Grundstücks als den Herrn der Sache an; er hat also nicht in Wahrheit den Aneignungswillen (animus domini), sondern detinirt bloß die Sache, wie der Nießbraucher und ist quasi possessor des Emphyteutrechts, so lange er in der Ausübung desselben ist[20]. Aber in dieser iuris quasi possessio kann er sich durch dieselben possessorischen Interdikte schützen, welche[21] dem Nießbraucher zukommen.

VI. Die gesetzlichen Bestimmungen[22] über die Rechtsverhältnisse bei der Emphyteuse sind bloß sog. naturalia, d. h. sie treten nur ein, wenn die Parteien (d. h. der Emphyteuta und der dominus emphyteuseos nicht Anderes verabreden; sie können aber durch eine solche Verabredung abgeändert werden. Nur ein Kanon ist wesentlich zum Verhältnis[23].

VII. Zur Begründung eines Emphyteutrechts an einem Grundstück durch ein Rechtsgeschäft unter Lebenden wird, wie bei den Servituten, Nichts weiter erfordert, als Bestellung derselben von Seiten des Eigenthümers des Grundstücks oder dessen (legitimirten) Vertreters durch Vertrag mit dem Erwerber (contractus emphyteuticarius). Die römischen Juristen zählen diesen Vertrag zu den altrömischen contractus und zwar zu den Konsensualkontrakten[24],

[19] Auch Savigny Besitz § 23.

[20] S. besonders Arndts in der Gießener Zeitschrift für Civilrecht und Proceß II S. 367 f.

[21] Nach (oben) § 161 Beil. Lit. A. [22] Arndts § 196, 197.

[23] Hierin liegt das Hauptinteresse des Eigenthümers. I. de locatione 3, 24 § 3; D. si ager vectig. 6. 3 l. 3; Cod. de iure emphyt. 4, 66 cst. 1, cst. 2 inft., cst. 3; Nov. 120 cap. 6 § 1.

[24] Vgl. unten § 184.

weil ſie glaubten, er falle unter einen der 4 altrömiſchen Konſenſualkontrakte; nur ſtritten ſie darüber, ob er unter den Pacht falle oder unter den Kauf. Allein er fällt weder unter den einen noch unter den andern, hat aber weit mehr Ähnlichkeit mit dem Kauf[25] als mit dem Pacht, da durch Einräumung eines Emphyteutrechts das Eigenthum dinglich belaſtet wird, der Vertrag alſo ein Veräußerungsvertrag iſt. Mit Recht entſchied daher Kaiſer Zeno jenen Streit dahin, der Vertrag ſei weder ein Pacht, noch Kauf, ſondern ein beſonderer eigenthümlicher Vertrag[26].

Eine beſondere Form aber iſt zu ſeiner Gültigkeit nicht nöthig, außer wenn die Parteien an den naturalia des Verhältniſſes (Nr. II) Etwas ändern wollen, oder wenn eine Kirche an ihrem Grundſtück ein emphyteutiſches Recht einräumt. In dieſen beiden Fällen iſt zur Gültigkeit des Vertrags nöthig, eine ſchriftliche Abfaſſung des Vertrags und Unterſchrift der Skriptur[27]. Das dingliche Recht ſelbſt aber wird durch den bloßen Abſchluß des Vertrags erworben; alſo in den beiden letzten Fällen, ſobald die Parteien die Skriptur unterſchrieben haben[28].

Viertes Kapitel. Das Superficiar- oder Platzrecht*.

§ 165.

(Arndts § 200.)

Superficies bedeutet Alles, was auf der Oberfläche von Grund und Boden ſich befindet und mit dieſem kohärirt[1]. Es wird aber auch ſo das Superficiar-Recht bezeichnet. Dieſes entwickelte ſich auf eine natürliche Weiſe. Wenn mir der Eigenthümer eines Grundſtücks das Recht einräumt, auf demſelben auf meine Koſten irgend Etwas zu errichten, das mit dem Grund und Boden kohäriren, aber mir gehören

---

[25] Nur iſt der Kanon kein Kaufpreis.

[26] Cod. l. c. cst. 1; I. l. c. § 3.

[27] Cod. cst. 1 cit.; Nov. 129 cap. 5. 6.

[28] Eine Einweiſung des Emphyteuta in die Ausübung des Rechts, eine quasi traditio, iſt zur Erwerbung des dinglichen Rechts ſo wenig nöthig, als bei den Servituten.

* Vgl. meine Schrift Das Superficiar- oder Platzrecht. 1868.

[1] Vgl. oben § 61 (Th. I S. 282).

ſoll, z. B. ein Haus auf ſeinem Boden zu bauen, das mein ſein ſoll, oder einen Stock auf ſein Haus zu ſetzen, der in meinem Eigenthum ſtehen ſoll: ſo haben wir, was das Eigenthum betrifft, etwas Unmögliches gewollt. Denn ich kann eine ſolche superficies nicht im Eigenthum haben, da ſie (nach den Acceſſions-Grundſätzen) ſofort iure accessionis in das Eigenthum des Eigenthümers der Unterlage, des Grund und Bodens fällt[2]. Ebenſo, wenn mir der Eigenthümer einen auf ſeinem Grundſtück ſtehenden Baum verkauft, der aber ſtehen bleiben, jedoch mein ſein ſoll, oder mir den oberen Stock ſeines Hauſes verkauft, der dann mir gehören ſoll, ſo kann ich nicht Eigenthümer des Baumes oder Stocks werden, weil mir der Grund und Boden nicht gehört. In ſolchen Fällen kann ich nach ſtrengem Recht bloß einen obligatoriſchen Anſpruch aus dem geſchloſſenen Vertrag, alſo bloß ein perſönliches Recht gegen den Grundeigenthümer, mit dem ich den Vertrag ſchloß, dahin bekommen, daß er mich und meine Erben im Haben der Sache nicht ſtöre. Dieſe Obligation könnte ich aber, wie überhaupt eine Obligation, nur gegen ihn und ſeine Erben geltend machen, nicht gegen ſeinen Singularnachfolger im Eigenthum der Sache. Da aber in ſolchen Fällen doch die Abſicht der Parteien dahin geht, daß das Haus, reſp. der Baum oder Stock mir gehören ſolle, und nur die ſtrenge Rechtskonſequenz dies nicht zuläßt, ſo vermittelte hier das prätoriſche Edikt die Abſicht der Parteien mit der Rechtskonſequenz in folgender Weiſe.

Es mußte zwar bei der Rechtskonſequenz dahin bleiben, daß der Eigenthümer des Grundſtücks auch Eigenthümer der superficies iſt; aber der Errichter oder Erwerber der superficies erhält in den genannten Fällen ein dingliches Recht an der superficies, ein ius in re aliena, das er daher gegen jeden Dritten, alſo auch gegen jeden ſpätern Eigenthümer des Grundſtücks geltend machen kann und vermöge deſſen er frei über die superficies (wie über ſeine eigene Sache) disponiren darf. Dieſes Recht iſt das Superficiarrecht[3].

Hiernach iſt das Superficiarrecht, oder wie man es bei uns auch nennt: das Platzrecht, ein dingliches, veräußerliches und

---

[2] S. oben § 65 Lit. A (Th. I S. 297) und § 133; D. de superf. 43, 18 l. 2; I. de rer. divis. 2, 1 § 29, 32.

[3] D. h. t. 43, 18 l. 1 §. 1, 3, 4, 6, 8 l. 2; de R. V. 6, 1 l. 73 § 1. l. 74, 75.

vererbliches Recht an einer mit fremdem Grund und Boden kohärirenden Sache, vermöge deſſen man die Sache wie ein Eigenthümer haben, benutzen und über ſie verfügen darf[4]. Möglicher Gegenſtand desſelben ſind Gebäude jeder Art, auch ein einzelner Stock (Etage) eines Gebäudes, auch ein Keller (ſog. Kellerrecht), und nach der richtigen Anſicht auch Bäume[5].

Der Superficiar hat nicht nur das freieſte Benutzungsrecht der Sache, ſondern kann auch, wenn nicht bei der Beſtellung eine Beſchränkung feſtgeſetzt wurde, frei über die Subſtanz der Sache verfügen, ſein Recht veräußern, vererben, und hat nicht wie der Emphyteuta die Pflicht, die Sache in gutem Stand zu halten[6].

Wer den Inhalt eines Superficiarrechts an einer fremden Sache faktiſch ausübt, iſt aber nicht, wie Viele behaupten, possessor der ſuperficiariſchen Sache (corporis possessor); er iſt es nicht aus demſelben Grunde, aus dem der Emphyteuta nicht corporis possessor iſt; er iſt bloß detentor der Sache und quasi possessor des Superficiarrechts. In dieſer quasi possessio kann er ſich aber gegen Störung durch ein beſonderes interdictum de superficiebus ſchützen[7] und wenn er ganz aus ihr (der quasi possessio) entſetzt wird, ſo hat er das interdictum de vi[8] und nach kanoniſchem Recht das remedium spolii[9].

Begründet kann ein Superficiarrecht werden:

1) durch Vertrag, und zwar durch jeden Veräußerungsvertrag[10], Kauf, Schenkung, Tauſch[11]. Am häufigſten wohl wurde bei den Römern und wird auch bei uns das Recht durch einen Vertrag begründet, welcher der Miethe ähnlich iſt, nämlich ſo, daß der Eigenthümer das Platzrecht einräumt gegen einen jährlichen Bodenzins, solarium[12]. Dies iſt aber kein eigentlicher Miethvertrag[13], ſondern ein beſonderer Veräußerungsvertrag, durch den das dingliche Recht der superficies gegen Leiſtung des solarium ſo beſtellt wird, daß dieſes solarium

---

[4] Meine angeführte Schrift § 1—3. [5] Meine angeführte Schrift § 7.
[6] Meine Schrift § 4, 5, 13. [7] D. h. t. l. 1 pr. § 2.
[8] D. de vi 43, 16 l. 1 § 5. [9] Meine angeführte Schrift § 6.
[10] Meine angeführte Schrift § 8.
[11] Denn in der Beſtellung eines Superficiarrechts an einer Sache liegt eine objektive Beſchränkung des Eigenthums, alſo eine alienatio. D. de superf. 43, 18 l. 1 § 7; de iure dotium 23, 3 l. 32. Vgl. auch Cod. de reb. alien. 4, 51 cst. 7.
[12] Arndts l. c. Note 1.
[13] Der Miethvertrag giebt nur ein perſönliches Recht.

die Bedingung der Ausübung des dinglichen Rechts bildet und dadurch auch die Verbindlichkeit dazu auf jeden Nachfolger im Superficiarrecht übergeht[14]. Man darf daher auf dieses Verhältnis nicht die Miethgrundsätze anwenden[15].

2) Durch Vermächtnis[16].

3) Ob durch Ersitzung ein Superficiarrecht an einer Sache erworben werden kann, ist sehr bestritten. Die Quellen sagen Nichts davon; indessen würde es ihrem Sinn entsprechen, daß, so gut wie Servituten ersessen werden können, es auch beim Platzrecht möglich sei. Auch nimmt dies die entschiedene Praxis an, jedoch so, daß sie dreißigjährige quasi possessio dazu erfordert[17].

Die Erlöschungsgründe eines Platzrechts sind im Wesentlichen dieselben, die auch vom Emphyteutrecht gelten[18].

Die Behauptung einiger Civilisten, daß bei uns Superficiarrechte nicht mehr vorkommen, ist eine unbegreifliche; denn die Bestellung solcher Rechte ist gar nicht selten[19].

---

[14] Auch der Pfandgläubiger an der superficies muß es anerkennen; die Forderung des solarium geht ihm vor in der Befriedigung aus der superficies (D. de pign. act. 13, 7 l. 17; qui pot. 20, 4 l. 15).

[15] Namentlich nicht, wie Arndts l. c. bei Note b mit den Meisten will, das Recht des Vermiethers, den Miether bei zweijährigem Rückstande des Miethzinses auszutreiben. Dieses Recht hat der Eigenthümer nicht gegen einen Superficiar wegen rückständigen Solariums, eben weil das Verhältnis des Superficiars nicht ein bloßes obligatorisches Miethverhältnis ist. S. über alles Dieses meine angeführte Schrift § 9.

[16] Meine angeführte Schrift § 10.

[17] Meine Schrift § 11. Von der Begründung eines Superficiarrechts durch richterliches Erkenntnis s. ebendas. § 12; von der Übertragung bestehender Platzrechte s. § 13.

[18] S. Arndts § 199; nur mit Ausnahme der das. Nr. 6 angeführten Privationsfälle; denn beim Platzrecht giebt es keinen solchen gesetzlichen Privationsfall.

[19] S. meine angeführte Schrift, Seite 27 f.

Obligationenrecht*.

Erſter Abſchnitt.

Allgemeine Grundſätze.

Erſtes Kapitel. Natur der perſönlichen oder Forderungenrechte.

§ 166.

(Arndts § 201.)

Über Begriff und Natur der Obligationen, namentlich ihre beſchränkte Wirkſamkeit und eben deßhalb beſchränkte Verfolgbarkeit durch eine actio personalis und über die ausnahmsweiſe ausgedehnte Wirkſamkeit einiger wenigen Obligationen und deren Verfolgbarkeit gegen Dritte durch eine ſog. actio personalis in rem scripta und über die Bedeutung des Ausdrucks obligatio ſ. oben § 36 Nr. I 2 Nr. III V, VII (Th. I S. 177 ff.).

Zweites Kapitel. Gegenſtand, Inhalt und Gattungen der Obligationen.

Überhaupt.

§ 167.

(Arndts § 202.)

Jede Obligation geht auf eine Leiſtung einer uns verpflichteten Perſon, alſo auf ein Thun, facere im weiteſten Sinne, ſei es ein

* Über die Litteratur ſ. Arndts § 201 Anm. 1. Eine ſehr reichhaltige Zuſammenſtellung der römiſchen Quellen über Obligationenrecht giebt die dort angeführte Schrift von Unterholzner. Leider unvollendet geblieben iſt Savigny's Obligatio-

positives oder negatives (es soll vermöge der Obligation eine verpflichtete Person uns irgend Etwas leisten). Diese Leistung kann aber einen sehr verschiedenen Inhalt haben; sie kann gehen auf ein facere, Thun im engeren Sinne oder auf ein Geben. Und danach zerfallen alle Obligationen in folgende Gattungen:

A. Obligationen auf Geben eines Dinges, auf rem dare im weiteren Sinne (im Gegensatz zum facere im engeren Sinne, zum Thun). Ist der zu gebende Gegenstand ein körperliches Ding, also eine Sache, so kann man diese Obligation auch bezeichnen durch Obligation auf Sachleistung. Diese Obligationen auf Geben eines Dinges können namentlich gehen:

I. auf Veräußerung eines Vermögensrechts[1]. Dahin gehört die Obligation auf Veräußerung einer Forderung; ferner die Obligation auf Einräumung einer Servitut, eines Pfandrechts an unserer Sache, also auf Belastung und Minderung unseres Eigenthums. Insbesondere aber gehört hierher als Hauptfall die Obligation auf Sachveräußerung oder Sachleistung im engeren Sinn, d. h. Veräußerung der Sache selbst, des körperlichen Dings, das Weggeben der Sache durch Übertragung derselben auf einen Anderen. Hier muß man aber unterscheiden das rem dare im engeren Sinn von dem bloßen rem tradere;

a. rem dare im eigentlichen, technischen Sinne heißt, eine Sache einem Anderen ins Eigenthum übertragen. Hat Jemand sich zu einer solchen Übertragung verpflichtet, wie beim Tausch, so muß er den Empfänger zum Eigenthümer der Sache durch Tradition machen, so daß, wenn sich nachher zeigt, daß er nicht Eigenthümer war, der Empfänger es also nicht werden konnte, er sofort dafür verantwortlich ist, sollte auch der Eigenthümer dem Empfänger die Sache noch nicht abgefordert haben.

b. Die Verpflichtung zu rem tradere dagegen heißt nur so viel: die Sache auf den Anderen so zu übertragen, daß er sie behalten kann, also nicht ihm gerade das Eigenthum zu garantiren, sondern bloß das habere licere. Dies ist in der Regel (wenn nichts Ande-

---

nenrecht (2 Bde. 1851 u. 1853). Zu beachten ist namentlich noch Friedr. Mommsen Beiträge zum Obligationenrecht 1853—1855; besonders: Windscheid Pandekten II (Viertes Buch §§ 250—488).

[1] Vgl. oben § 69 und das. Beil. II (Th. I S. 325. 332).

res verabredet ist) der Fall beim Kauf einer Sache; der Verkäufer hat dem Käufer die Sache zu überlassen und so zu übertragen, daß er sie behalten kann; hier wird der Empfänger durch Tradition zwar auch Eigenthümer, wenn er den Preis bezahlt oder wegen desselben Kredit erhalten hat und der Verkäufer Eigenthümer war; aber der Verkäufer hat ihm nicht dafür zu garantiren, daß er Eigenthümer der Sache wird, sondern nur dafür, daß er sie behalten kann, d. h. daß nicht ein besser Berechtigter existirt, der sie ihm abstreitet. Gehörte daher die Sache dem Verkäufer nicht, so wird er in der Regel[2] dem Käufer nicht ersatzpflichtig, so lange diesem der Eigenthümer sie nicht abstreitet[3].

II. Obligationen auf Herausgabe einer dem Verpflichteten nicht gehörigen Sache, z. B. auf Zurückgabe einer geliehenen oder gemietheten oder bei uns deponirten Sache. Hier soll auf den Empfänger nicht erst ein Recht an der Sache übertragen werden und der Verpflichtete nicht aus seinem Vermögen Etwas weggeben, sondern nur Das, was ihm nicht gehört, restituiren.

III. Obligationen auf bloße Gebrauchsverstattung, d. h. Leistung eines Gegenstandes zum bloßen Gebrauchen, Benutzen und Genießen, wie z. B. die Verpflichtung eines Vermiethers, Verpächters, des commodans u. dgl.

Bei diesen Obligationen auf Geben, namentlich bei den unter I angeführten ist noch in mancher Hinsicht von Wichtigkeit die Unterscheidung zwischen generischer Obligation und nicht-generischer. Es können nämlich die zu leistenden Dinge sein:

1) bloß genera, d. h. nach Gattungsmerkmalen oder nach Qualität und Quantität bestimmt, z. B. ein gutes 5jähriges Reitpferd, 1000 M. Geld, — obligatio generis[4]; oder

2) sind die zu leistenden Dinge individuell, konkret bestimmt, species, z. B. wenn ich Jemandem mein konkretes Reitpferd, mein Haus zu leisten, oder ihm das mir geliehene Buch, die bei mir hinterlegte Kiste herauszugeben habe[5].

B. Alle übrigen Obligationen sind Obligationen auf ein Thun

---

[2] Anders, wenn er wissentlich eine fremde Sache verkaufte.
[3] S. unten § 204 Beil. I Nr. I 2. — Meine Erörterungen Heft II S. 64.
[4] S. oben § 62 und das. in der Beil. (Th. I S. 286 f.).
[5] S. oben § 62 (Th. I S. 285).

im engeren Sinne, d. h. eine ſolche Handlung, die nicht im Geben eines Dinges beſteht, obligationes faciendi im engeren Sinne, z. B. Beſorgung eines Geſchäfts (für einen Andern), Vermiethung unſerer Dienſte u. dgl., ferner jede Unterlaſſung[6]. Bei dieſer obligatio faciendi wird häufig behauptet, nach römiſchem Rechte ſei hier der Verpflichtete gar nicht das factum ſchuldig geworden, ſondern bloß den Geldwerth desſelben. Allein dies beruht auf einer Verwechſelung; der Gläubiger konnte und mußte auf das factum klagen und der Schuldner war an ſich lediglich das factum ſchuldig und konnte daher ſich nur durch deſſen Leiſtung von der Schuld frei machen. Allerdings aber wenn er auf das factum verklagt wurde und es zur Verurtheilung kommen ließ, dann wurde er im ältern römiſchen Recht bloß auf den Werth des factum verurtheilt. Allein dies war bloß Konſequenz eines Grundſatzes, der als Regel bei allen Verurtheilungen galt, auch wenn die Verbindlichkeit auf Sachleiſtung ging, der aber im juſtinianiſchen Rechte und bei uns überhaupt nicht mehr gilt, alſo auch nicht mehr bei obligationes faciendi[7].

Über den römiſchen Sprachgebrauch iſt noch zu bemerken: die römiſchen Juriſten bezeichnen den möglichen Inhalt einer Obligation durch dare, facere, mitunter auch durch praestare[8]. Und zwar bedeutet:

a. facere im weiteſten Sinne jede Leiſtung. Ebenſo war auch praestare ein allgemeiner Ausdruck für jede Leiſtung (auch für Sachleiſtung); beſonders aber wird er gebraucht für Haften für Etwas, z. B. dolum, culpam praestare, evictionem praestare[9].

b. dare im eigentlichen techniſchen Sinne bedeutet die Übertragung des Eigenthums an einer Sache (rem dare), oder die Beſtellung einer Servitut an einer Sache (servitutem dare). Im Gegenſatz zu dieſem dare iſt facere jede andere Leiſtung[10].

c. dare in einem weiteren, nicht techniſchen Sinne bezeichnet überhaupt: leiſten, verſchaffen, beſtellen und in dieſem Sinne bezeichnet dann rem dare alle unter A. angeführten Fälle; im Gegen-

---

[6] Vgl. auch meine Erörterungen II 67—69.
[7] Vgl. meine Erörterungen II S. 14 ff.
[8] Z. B. D. de O. et A. 44, 7 l. 25 pr.; l. 3 pr.
[9] Meine Erörterungen II 67 u. S. 65 Note 9 a. E.
[10] Meine Erörterungen II 64 ff.

ſatz von dieſem rem dare heißen dann die unter B. angeführten Leiſtungen: facere im eigentlichen Sinn[11].

Selbſtändigkeit der Obligation.

§ 168.

In der Regel iſt eine konkrete Obligation ſelbſtändig, d. h. nicht von einer anderen Obligation abhängig. Es giebt aber Obligationen, welche bloß Neben-Obligationen ſind, d. h. abhängig von einer anderen Obligation, von einer Haupt-Obligation, bloß ein mit der Haupt-Obligation verbundenes Nebenrecht bilden, alſo namentlich erlöſchen, wenn die Hauptobligation erliſcht[1].

Bei einer ſolchen Erlöſchung entſteht noch die Frage, wie es mit Rückſtänden aus der Nebenobligation geht, wenn die Hauptobligation erloſchen iſt, z. B. mit Zinſen, die aus der erloſchenen Hauptforderung noch rückſtändig ſind. Hier iſt zu unterſcheiden:

1) ſolche Rückſtände können gar nicht mehr gefordert werden, wenn das Hauptrecht durch Verjährung aufgehoben iſt, ſollte auch für den einzelnen Rückſtand die Verjährungszeit noch nicht abgelaufen ſein[2].

2) Erloſch das Hauptrecht auf andere Weiſe, ſo iſt weiter zu unterſcheiden:

a. wenn die Nebenforderung auf einem beſonderen klagbaren Entſtehungsgrund beruht und deßhalb beſonders »in obligatione est« (wie die römiſchen Quellen es bezeichnen) und daher mit einer beſonderen Klage geltend gemacht werden kann, wie z. B. Zinſen aus einem Kapital, zu denen der Schuldner ſich durch Vertrag verpflichtet hatte, ſo können die Rückſtände auch nach erloſchenem Hauptrechte noch nachgefordert werden mit der ihnen zukommenden Klage, alſo im angeführten Beiſpiel mit der Klage aus dem Zinsvertrag[3]. Wenn aber

b. die Nebenforderung einen ſolchen beſonderen Entſtehungs-

---

[11] Meine Erörterungen l. c. S. 65 Note 39. Über zweiſeitige und einſeitige Obligationen ſ. unten § 185 Beil.

[1] S. oben § 38 Nr. VI (Th. I S. 189).

[2] Cod. de usur. 4, 32 cst 26 pr.

[3] Für die Zukunft können natürlich keine neuen Zinſen anwachſen.

grund nicht hatte, ſondern bloß aus dem Hauptrecht gleichſam als ein in ihm liegender Keim ſich entwickelte und daher nur mit der Klage auf das Hauptrecht geltend gemacht werden kann, wie z. B. Verzugszinſen aus einem ſchuldigen Kapital, in welchem Falle die Römer ſie bezeichnen durch officio iudicis continentur, ein Ausdruck, der nur eine Beziehung auf den alten Formularproceß hatte, — ſo können die Rückſtände nicht mehr gefordert werden, wenn die Hauptforderung erloſchen iſt, weil ſie nur mit der Klage aus dem Hauptrecht geltend gemacht werden können, nach Erlöſchen des Hauptrechts aber es eine Klage aus dem Hauptrecht nicht mehr giebt. Sie erlöſchen alſo, wenn das Hauptrecht auf irgend eine Weiſe, z. B. durch Zahlung getilgt iſt und das Gleiche iſt auch der Fall, wenn man auf das Hauptrecht geklagt und es rechtskräftig zuerkannt wurde, aber jene Rückſtände im Urtheil nicht erwähnt ſind[4].

Zwar beſtreiten Manche die Anwendbarkeit des unter b. Geſagten bei uns, weil es auf einem Formalismus des älteren römiſchen Rechts beruht habe; allein Letzteres iſt nicht richtig[5] und deßhalb war auch unſere Praxis ſtets für die Anwendbarkeit. Man muß ſich deßhalb wohl vorſehen, wenn man ſolche Rückſtände nicht verlieren ſoll; z. B. Jemand iſt mir aus einem Kaufe noch 1000 M. ſchuldig; er iſt aber ſchon lange im Verzug und ſchuldet mir auch 100 M. Verzugszinſen. Heute will er mir nun ſeine Kaufſchuld mit 1000 M. zahlen. Nehme ich das Geld an, ſo iſt meine Hauptforderung durch die Zahlung erloſchen und deßhalb kann ich die Verzugszinſen nicht mehr verlangen; in einem ſolchen Fall muß ich, ehe ich die Zahlung annehme, mir vom Schuldner beſonders verſprechen laſſen, daß er die Zinſen nachzahlen wolle; denn dann kann ich die Zinſen mit einer beſonderen Klage aus dieſem Vertrag fordern. Oder ich kann ihm erklären, ich wolle das Empfangene zunächſt auf die Verzugszinſen abrechnen, alſo ihn für 100 M. Verzugszinſen und bloß für 900 M. Kapital quittiren. Denn den Kapitalreſt von 100 M. kann ich dann immer noch mit der actio venditi nachfordern, da er ein Theil der Hauptforderung

---

[4] D. de act. E. V, 19, 1 l. 49 § 1; Cod. depositi 4, 34 cst. 4; de usur. 4, 32 cst. 13; de fructib. 7, 51 cst. 3. Meine Erörterungen III 24 f., 55 f.

[5] Vgl. z. B. Cod. de usur. 4, 32 cst. 13 (ſie führt als Grund an: finita retractanda non sunt).

ist (den ich immer noch mit der Klage aus der Hauptforderung fordern kann).

Bestimmtheit des Gegenstandes[1].

§ 169.

(Arndts § 203.)

Es ist häufig der Fall, daß zwar bloß Eine Obligation vorliegt, diese aber auf *mehrere* Gegenstände oder Leistungen geht[2]. In solchem Falle ist natürlich der Schuldner verbunden, alle Gegenstände, auf die seine Verpflichtung geht, *kumulativ* zu leisten. Anders ist es aber natürlich, wenn die Obligation so kontrahirt wird, daß die mehreren Gegenstände oder Leistungen bloß *alternativ* geschuldet werden sollen, z. B. ich verspreche dem N. mein Pferd *oder* meinen Wagen (sog. obligatio *alternativa* oder wie Manche sie bezeichnen: *disiunctiva*). In diesem Falle

1) werden zwar auch alle Gegenstände geschuldet, *alle* sind *in obligatione*; aber der Schuldner schuldet sie bloß *alternativ*, hat bloß den einen *oder* den andern Gegenstand zu leisten und wird durch Leistung des einen ganz frei.

2) Das Wahlrecht steht, wenn nichts Anderes verabredet ist, dem *Schuldner* zu[3]; nur muß er natürlich den einen oder den andern Gegenstand *ganz* leisten, darf nicht dem Gläubiger einen Theil des einen und einen des andern aufdringen[4]. Kommt es zur Klage, so muß der Gläubiger *alternativ* klagen[5]. Der Richter muß den Schuldner alternativ verurtheilen und dann hat der Schuldner zu wählen. Auch verliert er das Wahlrecht nicht dadurch, daß er mit der Leistung in Verzug kam, sondern nur: a. durch *Zahlung* der einen Leistung, oder b. durch Verabredung mit dem Gläubiger, daß der eine

---

[1] S. Arndts § 203 und über Note b s. oben § 75 Beil. II Nr. 1 (Th. I S. 377), über Note c. s. unten § 204 Beil. I Nr. II 2, und über Anm. 1 s. oben § 100 Nr. IV (Th. I S. 515).

[2] Z. B. wenn der Verkäufer eines Pferdes sich verpflichtet, das Pferd zu leisten, auch Sattel und Zeug dazu zu geben und das Pferd noch einen Monat lang auf seine Kosten in seinem Stall zu haben.

[3] Arndts l. c. Note f.

[4] D. de V. O. 45, 1 l. 85 § 4 a. E. Vgl. meine Ausführung im Archiv für civilistische Praxis Bd. XXVII 175 f.

[5] I. de act. 4, 6 § 33.

Gegenstand geleistet werden soll, oder c. wenn er bei der Exekution den ihm zur Wahl gesetzten Termin versäumt[6].

3) Der Gläubiger hat das Wahlrecht nur in dem Falle unter 2 c., oder wenn es ihm (ausdrücklich) durch Festsetzung der Betheiligten eingeräumt wurde[7], in welchen Fällen das Wahlrecht natürlich auch auf seine Erben und Cessionare übergeht[8].

4) Macht ein Zufall dem Schuldner die Leistung des einen Gegenstandes unmöglich, so wird er von seiner Schuld nicht frei; denn der Zufall hat ihm in solchem Falle die Erfüllung seiner Schuld nicht unmöglich gemacht, da er auch den andern Gegenstand schuldig ist (Nr. 1); diesen muß er nun leisten (seine Obligation verwandelt sich durch den Zufall in eine einfache, simplex). Er wird also erst frei, wenn der Zufall ihm die Leistung aller alternativ schuldigen Gegenstände unmöglich macht[9]. Mit dieser obligatio alternativa, der alternativen Verbindlichkeit darf man nicht den Fall verwechseln, den wir gewöhnlich durch facultas alternativa, alternative Ermächtigung, bezeichnen. Es giebt nämlich einige Fälle, in welchen Jemand zu einer bestimmten Leistung verpflichtet ist, er aber das besondere Recht hat, dieser schuldigen Leistung, wenn er will, eine ganz andere zu substituiren und sich durch deren Zahlung zu liberiren[10]. Hier ist der Schuldner bloß eine bestimmte Leistung schuldig, bloß diese ist in obligatione. Die andere Leistung, die er substituiren darf, schuldet er gar nicht, auch nicht alternativ; sie ist nicht in obligatione, sondern bloß in solutione; d. h. gültiges Zahlungsmittel, von dem er bloß, wenn er will, Gebrauch machen kann. Der Gläubiger kann daher bloß auf jene Leistung, die in obligatione ist, klagen; der Schuldner ist bloß in sie zu verurtheilen, jedoch mit dem Vorbehalt, daß er statt ihrer durch die andere Leistung sich liberiren könne[11]. — Wird aber hier dem Schuldner die Leistung,

---

[6] Meine Erörterungen III S. 117 f.
[7] D. de iure dot. 23, 3 l. 10 § 6.
[8] Bangerow Pandekten § 569.
[9] D. de contrah. emt. 18, 1 l. 34 § 6; de solut. 46, 3 l. 95 pr. § 1.
[10] Vgl. unten § 207 Beil. Nr. II; § 216 Beil. Nr. III 3 und § 175 a. E.
[11] D. de hered. pet. 5, 3 l. 20 § 5; de re iud. 42, 1 l. 6 § 1. Meine Erörterungen III S. 118 unten. — Die Exekution geht bloß auf die schuldige Leistung. Nach angestellter actio iudicati aber kann er nicht mehr von der facultas Gebrauch machen, l. 6 § 1 cit.; l. 20 § 5 cit.

die in obligatione ist, durch Zufall unmöglich, so wird er von seiner Schuld ganz frei, weil er die andere Leistung gar nicht schuldig war[12].

Theilbarkeit der Obligation.

§ 170.

(Arndts § 204.)

Hierüber s. Arndts l. c. und oben § 64 a. E. (Th. I S. 296) und unten § 176 f. § 179. Vgl. auch meine Abhandlung im Archiv für civilistische Praxis XXVII S. 175 f.

Was Arndts l. c. im zweiten Absatze sagt, liegt ganz in der Natur der Sache. Nur kann man in den dort berührten Fällen nicht von eigentlicher Untheilbarkeit der Obligationen (wie es auch Bangerow thut) sprechen. Ist mir z. B. Jemand alternativ schuldig 1000 M. oder sein Pferd und er stirbt und hinterläßt 2 Erben, Jeden zur Hälfte, so ist diese Schuld an und für sich theilbar und deßhalb zwischen den Erben ipso iure so getheilt, daß mir Jeder die Hälfte der Schuld schuldet. Allein natürlich bin ich nicht verbunden, von dem einen Erben die Hälfte der einen und von dem andern Erben die Hälfte der andern Leistung anzunehmen, weil mein Recht ja dahin geht, entweder ganze 1000 M. oder ein ganzes Pferd zu bekommen. Ich kann daher verlangen, daß entweder Jeder nur die Hälfte von 1000 M. oder Jeder die Hälfte desselben Pferdes leiste und sie sich darüber vereinigen[1].

Geldschulden.

§ 171.

(Arndts § 205. Windscheid Pand. § 256.)

Sehr häufig geht eine Obligation an sich schon auf Zahlung einer Summe Geldes, d. h. des allgemeinen Tauschmittels und Ausgleichungsmittels aller Werthe (Werthmessers)[1]. Es kann aber auch jede Obligation, die auf einen andern Gegenstand geht, übergehen in eine Obligation auf Geld, z. B. wenn der Schuldner dolo oder culpa den schuldigen Gegenstand nicht mehr leisten kann, also Ersatz in Geld geben muß.

Bei den Geldobligationen fragt es sich nun: nach welchen Grundsätzen bestimmt sich das zu Zahlende, wenn es sich von der Zahlung einer Geldschuld handelt. Man muß hier unterscheiden:

---

[12] Meine Erörterungen III S. 118. Mein Handbuch des Württ. Privatrechts II S. 300. — Vgl. unten § 207 Beil. Nr. III.

[1] D. de V. O. 45, 1 l. 2 § 1—5; l. 54 pr. l. 85 § 4; de solut. 46, 3 l. 34 § 1 und Archiv für civil. Praxis Bd. XXVII S. 175 f.

[1] Vgl. oben § 59 Nr. III (Th. I S. 259). Vgl. Savigny Obligationenrecht I § 40 ff.; Souchay in der Gießener Zeitschrift für Civilr. und Proc. N. F. Bd. IX 340 f.; Goldschmidt Handbuch des Handelsrechts Bd. II Abth. II S. 1060—1076

A. Metallgeld. Hier kommen folgende Fragen in Betracht.

I. Bestimmung des Werthes einer Münze. Es ist zu unterscheiden:

1) der innere (der wahre) Werth, der Metallwerth der Münze. Dieser bestimmt sich nach dem Korn der Münze, d. h. nach der Qualität des Metalls; ferner nach dem Schrot der Münze, d. h. nach der Quantität Metall, welche das betreffende Münzstück enthält. Ist die Münze von Gold oder von Silber, so wird die Quantität Goldes oder Silbers, die sie enthält, ihr Feingehalt genannt[2].

2) Äußerer Werth der Münze; dieser ist ein doppelter, der Nennwerth und der Kurswerth.

a. Der Staat bezeichnet den Werth der Münzen, die er prägen läßt, in der Regel auf der Münze selbst durch das Gepräge, sog. Stempelwerth; bisweilen durch besondere Bekanntmachung, sog. Ediktswerth. Diese Staatsbestimmung bildet den Nennwerth der Münze; sie hat bloß den Zweck, den wahren, inneren Werth der Münze (Nr. 1) ganz zuverlässig anzugeben, damit man nicht im Verkehr genöthigt ist, bei jedem einzelnen Münzstück seinen Werth erst zu untersuchen.

b. Von diesem Nennwerth ist der Werth zu unterscheiden, den der Verkehr einem Münzstück beilegt, Kurswerth. Dieser wird in der Regel mit dem Nennwerth übereinstimmen, aber er kann mitunter auch ein geringerer sein (z. B. wenn ein Staat den Werth der Münzstücke auf dem Stempel zu hoch, also nicht der Wahrheit gemäß angeben würde); oder kann er ein höherer sein, z. B. wenn die Münze gerade am betreffenden Orte sehr gesucht, aber selten ist. Im letztern Fall giebt man für die Münze häufig Etwas mehr, als ihr Nennwerth beträgt, ein Agio oder Draufgeld.

II. Nach welchem Werthe hat man Münzstücke anzunehmen und zu zahlen, wenn eine Geldsumme zu zahlen ist? Viele behaupten: lediglich nach dem Nennwerth; Andere: lediglich nach dem Kurswerth. Man muß hier unterscheiden: Die Münzen des Staates sind

a. in der Regel nach ihrem Werth, d. h. nach ihrem innern Werth (Metallwerth) zu zahlen und zu nehmen. Denn eine Gold- und Silbermünze und somit auch ihr Werth an sich bestimmt sich ganz nach

---

[2] Über den Münzfuß s. Arndts l. c.

der Art und Qualität des Metalls, aus dem sie geprägt ist und deßhalb muß bei Geldzahlungen dieser Werth den entscheidenden Maßstab bilden. Gerade aus diesem Grunde braucht der Gläubiger sich nicht in Scheidemünze bezahlen zu lassen.

b. Allein zunächst muß bei dem einzelnen Münzstücke der Nennwerth über die Frage entscheiden, ob dasselbe den gehörigen inneren Werth habe. Denn der Nennwerth einer Münze, der ihr durch den Stempel aufgedrückt ist (Nr. I 2 a), hat lediglich den Zweck (zur Bequemlichkeit des Verkehrs), ihren wirklichen inneren Werth anzugeben. Diese Angabe erfolgt durch die Münzbehörden unter der publica fides des Staates. Sie ist daher bis zum Beweis des Gegentheils für wahr zu halten. Deßhalb ist das Geld in der Regel nach seinem Nennwerth zu nehmen. Aber nur, weil bis zum Beweis des Gegentheils anzunehmen ist, daß er mit dem inneren Werth übereinstimmt. Hieraus ergiebt sich der Grundsatz: die Münzen sind in ihrem Nenn- oder Stempelwerth zu zahlen und anzunehmen, außer in folgenden Fällen:

α. wenn die Münzen, in denen der Schuldner zahlen will, beschnitten oder durchlöchert oder völlig abgenutzt sind. Denn der Stempel der Münze bezieht sich bloß auf Münzen, wie sie aus der Münzstelle hervorgingen. Die durchlöcherten oder beschnittenen sind nicht mehr solche Münzen, auf die der Nennwerth sich bezog; solche Münzen braucht daher der Gläubiger nicht anzunehmen. Nimmt er sie aber an, so kann er verlangen, daß der Zahlende an anderen Münzen zufügt, was jenen an innerem Werth abgeht.

β. Wenn bei Prägung der Münzen von den Münzbeamten ein Fehler gemacht wurde, also die gesetzliche Währung nicht eingehalten ist. Dies würde eine gesetzwidrige Handlung der Beamten sein, nach welcher sich der gesetzliche Werth des Münzstücks nicht bestimmen kann. Solche Münzen würde man daher nur nach ihrem wirklichen Metallwerth anzunehmen haben. Nur wenn der Staat selbst falsch prägen würde, also absichtlich zu leichte Münzen mit Übertretung seines Münzfußes, und durch ein Gesetz bestimmen würde, daß sie in dem höheren Nennwerth, den der Stempel angiebt, zu zahlen und anzunehmen seien, sog. Zwangskurs, — wie dies früher nicht selten vorkam —, dann würden allerdings solche Münzen in ihrem von dem wahren Metallwerth abweichenden Stempelwerth

im betreffenden Staate genommen werden müssen. Allein ein solcher Zwangskurs würde in solchen Fällen eben ein Gewaltakt sein, bei dem vom Recht gar nicht die Rede ist, der aber auch nicht lange sich durchführen läßt, weil er jenseits der Grenzen des Staates keine Wirkung mehr hat. Ein solcher Fall kann jedoch nach dem in Deutschland geltenden Recht nicht mehr vorkommen[3].

B. Papiergeld. Dieses wird vom Staate, mitunter auch mit Genehmigung des Staats von einzelnen Gesellschaften emittirt. Durch den Stempel auf jedem einzelnen Stück wird der Geldwerth ausgedrückt, in welchem es emittirt wurde und den es repräsentiren soll, und in welchem der Emittent verpflichtet ist, es wieder einzulösen. Es ist also kein wirkliches Geld, sondern bloß Repräsentant wirklichen Geldes. Inneren Werth hat es gar nicht. Es hat bloß den Werth, den ihm gerade das Vertrauen des Publikums, der Verkehr, beilegt. Der Verkehr wird ihm aber den Werth, den es repräsentirt, nur dann (völlig) beilegen, wenn es selbst sofort vom Emittenten im vollen Nominalwerth auf Verlangen in Metallgeld eingelöst werden kann und wird. Ist also Letzteres zweifelhaft, so wird es im Kurse sinken; ist es außer Zweifel, so wird es pari genommen. Aus dieser Natur des Papiergeldes ergiebt sich Folgendes:

1) Hat man eine Geldsumme zu fordern, so ist man, wenn nicht auf Papiergeld kontrahirt wurde, nicht verbunden, Papiergeld anzunehmen, eben weil es bloß eine Geldfiktion ist. Eine Ausnahme würde nur der Fall machen, wenn der Staat dem Papiergeld durch Gesetz einen sog. Zwangskurs geben würde, d. h. gebieten, es in seinem vollen Stempelwerth als Zahlung zu nehmen. Allein ein solches Gesetz ist nur eine Nothmaßregel bei ganz zerrütteten Staatsfinanzen, die das Recht empfindlich verletzt und nur innerhalb der Grenzen des betreffenden Staats gelten würde. Einem deutschen Staate steht diese Befugnis nicht zu.

2) Nimmt man Papiergeld freiwillig an, so entscheidet über seinen Werth lediglich der Kurs. Von selbst versteht sich aber, daß, wenn ausdrücklich bloß auf den Nominalwerth des Papiers kontrahirt wurde, dann ohne Rücksicht auf den Kurs die genannten Stücke zu leisten und zu nehmen sind.

---

[3] [Über das Reichsmünzgesetz vom 9. Juli 1873 s. Windscheid § 256.]

Von Banknoten, welche eine Bank mit Staatsgenehmigung ausgiebt, gelten ganz die über Papiergeld ausgeführten Grundsätze[4].

Schadenersatz*.

§ 172.

(Arndts § 206.)

Häufig bildet die Verbindlichkeit zum Schadenersatz schon den ursprünglichen Inhalt einer Obligation, z. B. wenn man Jemandes Sache zerstört oder Ersatz für einen Schaden, den Jemand erlitt, ihm verspricht. Sie hat aber noch eine weit allgemeinere Bedeutung. Denn jede Obligation kann sich auflösen in eine Obligation auf Schadenersatz, wenn der Schuldner den schuldigen Gegenstand durch sein Verschulden nicht leisten kann; auch kann zu jedem Rechtsverhältnis sich eine Obligation auf Schadenersatz gesellen, z. B. wenn der Schuldner nicht zur rechten Zeit und nicht auf die rechte Weise leistet. Es kommt hier Folgendes in Betracht:

I. Begriff und Umfang des Schadens auf dem rechtlichen Gebiet. — Schaden, damnum, ist jeder Nachtheil, den man in Vermögensverhältnissen erleidet. Dieser kann betreffen

1) den ganzen oder theilweisen Betrag des ordentlichen Werths eines Gegenstandes oder einer Leistung, die (vera) rei aestimatio, oder sog. pretium commune, also den Betrag Dessen, was der Gegenstand, in Beziehung auf den der Schaden sich ereignete, an sich nach dem gewöhnlichen Marktpreis werth ist. Diesen Schaden (der uns an diesem Werthe zugezogen wird) nennt man den unmittelbaren oder direkten Schaden, Einige auch den ordentlichen.

2) Den Nachtheil, der noch außerdem in anderen Beziehungen durch das beschädigende Ereignis eintrat, z. B. wegen des Verhältnisses der betreffenden Sache zu anderen Sachen oder wegen besonderer Verhältnisse des Beschädigten, wegen seines Gewerbes ꝛc. Dies ist ein mittelbarer Schaden, von Manchen noch außerordentlicher

---

[4] Anm. d. Herausg.: Die weiteren Ausführungen über die Lehre vom Geld sind hier weggelassen, da sie das Recht vor dem Reichsmünzgesetz behandeln. Vgl. nun Windscheid Pandekten § 256.

* Die Litteratur s. bei Arndts l. c. Anm. 1. Besonders zu beachten ist die dort angeführte Schrift von Mommsen; ferner Windscheid Pandekten § 257 f.; von den Älteren: Donell Bd. XXVI 13.

Schaden genannt; er betrifft, wie Manche sagen, das pretium singulare. Dieser mittelbare Schaden kann sein

a. ein positiver, d. h. eine Verringerung des gegenwärtigen Vermögens, z. B. wenn ich einen Postzug von vier ganz gleichen Pferden habe und es tödtet mir Jemand eines davon, so ist mein unmittelbarer Schaden der Werth dieses Pferdes an sich; mein mittelbarer positiver Schaden ist der Betrag Dessen, um was die übrigen drei Pferde weniger werth sind, weil sie nicht mehr einen Postzug ausmachen; oder wenn eine Maschine, die 10,000 M. werth ist und die der Eigenthümer, ein Fabrikant, in voller Thätigkeit hat, ihm zertrümmert wird, so besteht sein unmittelbarer Schaden in 10,000 M., sein mittelbarer aber darin, daß er nun nicht weiter arbeiten kann, bis er eine neue Maschine bekommen hat.

b. Der Schaden kann ein negativer sein, lucrum cessans, d. h. wenn durch das beschädigende Ereignis ein Gewinn, den wir sonst gemacht haben würden, uns unmöglich gemacht wird[1]. Im Gegensatz von diesem Schaden (dem lucrum cessans) heißt jeder andere (also Nr. 1 und 2 a) ein positiver Schaden, sog. damnum emergens.

II. Das Interesse. Interesse im rechtlichen Sinne, id quod (alicuius, nostra), mea interest, bezeichnet den ganzen Umfang Dessen, was uns an einem Gegenstande oder an einem Verhältnis pekuniär gelegen ist, also bei einer vorgefallenen Beschädigung Alles, was uns pekuniär daran gelegen ist, daß sie nicht vorgefallen wäre, somit den gesammten Vermögensschaden, den man erlitten, positiven und negativen, also die unter Nr. I angeführten Schäden[2]. Dieses Interesse wird im konkreten Fall häufig identisch sein mit dem Sachwerth, mit der vera rei aestimatio (mit Nr. I 1); z. B. wenn mir Jemand einen ganz neuen Hut stiehlt, so wird hier der Marktwerth des Huts mein ganzes Interesse erschöpfen. Es kann derselbe aber auch geringer sein als der Sachwerth, z. B. wenn ich meine Uhr, die 100 M. werth ist, dem N. für eine Schuld von 60 M. zum Faustpfand gebe und ein Dritter entwendet sie dem N. (ohne daß den N. dabei eine culpa in custodiendo trifft): so wird mein Interesse in der Regel mit dem

[1] Arndts l. c. Anm. 1.

[2] Das, was man gehabt haben würde, wenn das beschädigende Ereignis nicht eingetreten wäre. Arndts l. c. Anm. 2.

Sachwerth zusammentreffen (also 100 M. betragen), das des N. aber bloß in 60 M. (dem Betrag seiner Forderung) bestehen. Sehr häufig aber wird das Interesse den Sachwerth übersteigen, nämlich wenn durch das beschädigende Ereignis uns noch ein mittelbarer Schaden (sei es ein damnum emergens oder ein lucrum cessans Nr. I 2) zugezogen wurde[3]. Vom Interesse im rechtlichen Sinn oder dem pekuniären Interesse ist wohl zu unterscheiden das sog. Affektions- oder Gefühls-Interesse, d. h. was dem Beschädigten wegen individueller Gefühle, Neigungen oder Liebhabereien als besonderer Werth erscheint[4].

III. Die Entstehungsgründe einer Verbindlichkeit zum Schadenersatz. Diese sind

1) dolus oder culpa. Jeder, der einem Andern durch dolus oder durch eine solche culpa, für die er im betreffenden Verhältnisse zu stehen hat, wohin auch der Fall der mora gehört, einen Schaden zuzieht (auch durch einen Dritten), ist demselben zum Ersatz verbunden[5].

2) Vertrag und letzter Wille, d. h. wenn man sich durch Vertrag verpflichtete, Jemandem einen Schaden zu ersetzen, den er etwa erleiden würde oder erlitten hat, oder wenn ein Erblasser in seinem letzten Willen Jemandem einen Schadenersatz vermacht.

3) Außerdem giebt es noch einige specielle Rechtsverhältnisse, in denen man zum Ersatz des Schadens, den Jemand erlitten hat, verpflichtet wird. Diese sind aber nicht allgemeiner Natur[6].

IV. Wofür hat Der, welcher einen Schaden ersetzen muß, Ersatz zu geben? Hier ist zu unterscheiden:

1) Die Regel ist, daß wenn Jemand verbunden ist, einen Schaden zu ersetzen, er den eingetretenen Schaden im vollen Umfang (also das ganze Interesse) ersetzen muß.

2) Diese Regel kommt durchaus zur Anwendung in den Fällen von Nr. III 1. Wer durch dolus oder eine solche culpa, für die er

---

[3] S. bei Arndts l. c. die Stellen der Anm. 3. — Der römische Ausdruck: quanti ea res est, bedeutete ursprünglich die rei aestimatio (Nr. I 1), später aber wurde dadurch in der Regel das ganze Interesse, das id quod interest überhaupt, bezeichnet. Meine Erörterungen II 72 und Arndts l. c. Anm. 5.

[4] D. ad l. Aquil. 9, 2 l. 33 pr. Vgl. auch unten Nr. IV.

[5] Vgl. oben § 89 Nr. I 1 (Th. I S. 462) und § 87 Beil. I (Th. I S. 451).

[6] Vgl. z. B. Arndts § 289. 303. 316. 327. 328. Zu beachten ist auch das oben in § 87 Beil. I Nr. III 4 (Th. I S. 455) Gesagte.

im vorliegenden Fall einzustehen hat, einem Andern einen Schaden zuzieht, muß ihm den gesammten Vermögensschaden ersetzen, also das Interesse im vollen Umfange, auch das lucrum cessans[7]. Nur muß natürlich der Schaden ein sog. damnum circa rem oder ex re sein, d. h. er muß wirklich eine unmittelbare oder mittelbare Folge der beschädigenden Handlung gewesen sein; also so, daß in ihr der Grund des Schadens lag, der Schaden mit ihr im Kausal-Zusammenhange steht und sich nicht ereignet hätte, wenn der dolus oder die culpa nicht vorangegangen wäre[8]. Dahin gehört aber auch der casus mixtus[9]. Viele behaupten zwar, der Beschädiger sei nicht verbunden, das lucrum cessans zu ersetzen; Andere: er sei es nur in gewissen Fällen[10]. Allein Beides ist falsch[11].

3) In den Fällen von Nr. III 2 kommt es bei der Frage, welche Schäden zu ersetzen sind, ganz auf den Inhalt der Verabredung oder der letztwilligen Verfügung an; z. B. die Assekuranz-Gesellschaften verpflichten sich in der Regel nur, bis zu einer gewissen Grenze den Schaden zu ersetzen; ist aber nichts Besonderes darüber festgesetzt, sondern ohne Beschränkung Schadenersatz zugesagt, so gilt auch hier ganz das unter Nr. 1 und 2 Ausgeführte[12].

4) In den Fällen von Nr. III 3 gilt das Gleiche[13], wenn nicht

---

[7] Arndts l. c. Anm. 2. D. de cond. furt. 13, 1 l. 3.

[8] D. de A. E. V. 19, 1 l. 21 § 3.

[9] S. oben § 88 a. E. (Th. I S. 460).

[10] Sie berufen sich dabei auf die bei Arndts l. c. Anm. 4 Lit. a—d angeführten Stellen.

[11] Dies beweisen die bei Arndts l. c. Anm. 3 angegebenen Stellen und auch noch D. de eo quod certo loco 13, 4 l. 2 § 8; de his, qui deiecer. 9, 3 l. 7 und I. de leg. Aquil. 4, 3 § 4. Die Stellen der Anm. 4 aber sagen keineswegs, daß man wegen lucrum cessans keinen Ersatz verlangen könne; denn sie sprechen nur das Erforderniß des Kausalzusammenhanges aus, d. h. sagen: zur Ersatzforderung reiche nicht die bloße Möglichkeit eines Gewinnes hin, sondern sei der Beweis nöthig, daß man die zum Gewinn führende Handlung wirklich vorgenommen habe oder haben würde und sie nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den vorliegenden Verhältnissen den Gewinn wirklich gebracht haben würde, wenn nicht die Handlung des Beschädigers es verhindert hätte. Mommsen Beiträge zum Obl.-Recht Bd. II S. 173 ff., 289 ff. — Deßhalb kann namentlich ein Kaufmann, wenn ihm die von ihm gekaufte Waare zu spät geliefert wird, zu einer Zeit, in der ihr Preis inzwischen sehr gesunken ist, die Preisdifferenz ersetzt verlangen, d. h. Ersatz für den höheren Preis, den sie zu der Zeit hatte, in der sie hätte geliefert werden sollen und den er zu dieser Zeit durch Weiterveräußerung gewonnen haben würde. Nur für verletzte bloße Affektion kann niemals Ersatz verlangt werden, weil sie sich nicht taxiren läßt. Meine Erörterungen II 57; Mommsen Beiträge II 22 f.; Arndts l. c.-Anm. 4 Lit. a.

[12] Mommsen Beiträge II 100 f. 276 f., besonders gegen Bangerow, der aber nun in der 7. Ausg. III 38 seine Ansicht stillschweigend rektificirt hat.

[13] Z. B. in dem von Arndts § 303 angeführten Fall.

das Gesetz für das Verhältnis, von dem es spricht, eine Ausnahme macht[14].

5) Eine besondere Beschränkung der Ersatzpflicht setzte Justinian für die Fälle fest, wenn der Gegenstand der Obligation ursprünglich eine bestimmte Leistung (z. B. aus einem Kauf) bildet (res certae quantitatis et naturae) und später an seine Stelle, wegen nicht geschehener oder wegen schlechter oder nicht rechtzeitiger Leistung, die Verbindlichkeit zum Schadenersatz eintritt. Hier soll in keinem Fall an Schaden mehr verlangt werden können, als der doppelte Werth der ursprünglich geschuldeten Leistung[15].

6) Natürlich muß, wer Schadenersatz fordert, die zum Schadenersatz verpflichtende Thatsache, den erlittenen Schaden und seinen Betrag nachweisen. Nur hat er in manchen Fällen das Recht, den Beweis des Betrags seines Schadens durch seinen bloßen Eid, durch das iuramentum in litem zu führen[16].

7) Der Werth einer Leistung kann nach Zeit und Ort sehr verschieden sein. In dieser Hinsicht entscheidet, wenn nicht die besondere Natur des Verhältnisses etwas Anderes mit sich bringt, der Ort, an dem und die Zeit, zu welcher zu zahlen war[17].

Zinsverbindlichkeit.

§§ 173—176.

Begriff der Zinsen. Entstehungsgründe der Zinsverbindlichkeit.

§ 173.

(Arndts § 207.)

Im weitesten Sinne ist Zins ein Äquivalent, das man für Gebrauch oder Genuß eines Gegenstandes zu zahlen hat, z. B. der Miethzins, der Pachtzins. Im engeren Sinne aber bezieht sich der Begriff der Zinsen bloß auf Quantitäten fungibler Sachen[1]. Es

---

[14] So z. B. kann man im Falle bei Arndts § 310 bloß für die res aestimatio, nicht auch für den mittelbaren Schaden Ersatz verlangen.

[15] Arndts l. c. Anm. 6. [16] Arndts § 115 Nr. 3.

[17] Vgl. Arndts § 220. 221. 251. — S. auch unten § 192 A. II.

[1] S. oben § 62 (Th. I S. 256).

sind nämlich Zinsen im engeren Sinne, usurae[2], eine Vergütung, die Jemandem für die von ihm gewährte oder für die ihm entzogene Nutzung einer Quantität vertretbarer Sachen zu zahlen ist, in gleichartigen Sachen nach dem Verhältnis des Betrags jener Quantität und der Zeitdauer der Nutzung. Diese Zinsen werden also von dem Kapital gezahlt. Kapital, nomen im juristischen Sinne[3], ist jede Forderung; im engeren juristischen Sinne aber ist Kapital oder Hauptstamm (sors, caput), eine Forderung, die auf Leistung einer Quantität vertretbarer Sachen ging, z. B. einer Summe Geldes, einer Quantität Korn, Wein, Steinkohlen u. s. w. Die Verpflichtung, Zinsen zu zahlen, setzt stets einen nachweisbaren besonderen Entstehungsgrund voraus; denn wer ein Kapital schuldet, ist bloß und allein deßhalb noch nicht verpflichtet, Zinsen zu zahlen. Leihe ich z. B. Jemandem Geld, so hat er es mir nicht zu verzinsen, außer er hätte mir Zinsen versprochen oder wäre im Verzug. — Die Entstehungsgründe einer Zinsverbindlichkeit sind

I. ein Rechtsgeschäft[4], das auf Begründung einer Zinsverbindlichkeit gerichtet ist (sog. usurae voluntariae, freiwillige Zinsen). In diesem Fall beruht die Zinsverbindlichkeit auf einem selbständigen Entstehungsgrund und findet aus dem Rechtsgeschäft eine besondere Klage auf die Zinsen statt (die Zinsobligation bildet hier eine besondere klagbare Nebenobligation), usurae quae in obligatione sunt[5].

Solche Rechtsgeschäfte sind

1) ein Vertrag, durch den man ein Kapital zu verzinsen verspricht, vertragsmäßige Zinsen (sog. usurae conventionales). Zu beachten ist hierbei, daß nach römischem Recht zur Klagbarkeit eines Zinsvertrags in der Regel stipulatio nöthig war, da bloße pacta in der Regel nicht klagbar waren[6]. Nur einige Fälle gab es, in welchen schon das formlose Zinsversprechen, das pactum, klagbar war, z. B. bei einem Getreidedarlehen[7].

---

[2] Auch: foenus; dieses bezeichnet aber auch das verzinsliche Darlehen.

[3] Ganz anders im national-ökonomischen Sinne. In diesem ist Kapital jedes Produkt, das zu fernerer Produktion bestimmt ist, z. B. Maschinen, ein Haus u. s. w.

[4] Dasselbe kann in wenigen Worten ausgedrückt sein; z. B. ich leihe dir 1000 M. zu 5%.

[5] Vgl. oben § 38 Nr. VI (Th. I S. 189).

[6] Cod. de usur. 4, 32 cst. 3, 4, 22; D. de pact. 2, 14 l. 7 § 5. Vgl. auch unten § 184 Lit. B. D Nr. 3. Meine Erörterungen III S. 24 Note 30 a.

[7] Cod. l. c. cst. 12.

Nach deutſchem Recht aber erzeugt überhaupt jedes an ſich gültige pactum eine ſelbſtändige Klage ex pacto, alſo auch jedes Zinspaktum[8].

2) *Vermächtnis*; z. B. wenn ein Erblaſſer dem Erben auferlegt, eine Geldſumme, die er mir vermachte, oder die ich von ihm zu fordern habe, bis zu deren Bezahlung mir zu verzinſen (ſog. usurae *testamentariae*[9]).

II. Eine *Rechtsvorſchrift*, welche für gewiſſe Fälle eine Zinsverbindlichkeit feſtſetzt (ſog. *geſetzliche* Zinſen[10], von Manchen auch *nothwendige*, necessariae usurae, genannt[11]). Dieſe Fälle beruhen theils auf allgemeinen Grundſätzen[12], theils auf beſonderen Zweckmäßigkeits- und Äquitätsgründen[13], theils auf ſehr willkürlicher Privilegirung gewiſſer Perſonen[14]. In dieſen Fällen knüpft ſich die Zinsverbindlichkeit als unſelbſtändiger Theil oder Anhang an die Hauptobligation an, wächſt gleichſam aus ihr hervor und kann nur mit der Hauptobligation geltend gemacht werden[15].

Der Zinsfuß und Zinswucher.

§ 174.

(Arndts §§ 208—210.)

Unter *Zinsfuß* verſteht man die Beſtimmungen über das Maß der Zinſen im Verhältnis zum Kapital. Dieſes Maß beſtimmt ſich nach Folgendem. Jedes Kapital (fungibler Sachen) beſteht aus einer Summe gewiſſer Einheiten, z. B. ein Geldkapital aus einer Summe von Mark ꝛc., ein Fruchtkapital aus einer Summe von Centnern ꝛc. Je 100 ſolcher Einheiten nun bilden die Grundlage, nach welcher die Zinſen berechnet werden, d. h. es wird beſtimmt, wie viele Male der Betrag, der einem Hundertſtel des Kapitals gleichkommt, als Zins zu zahlen iſt, oder wie viele Male auf je 100 Theile des Kapitals der Betrag eines ſolchen Theiles als Zins gezahlt werden ſoll; ob für eine

---

[8] S. unten § 184. [9] D. de annuis leg. 33, 1 l. 3 § 6.

[10] Usurae *legitimae* heißen im römiſchen Sprachgebrauch die durch Geſetz (lex oder constitutio) dem *Maße* nach erlaubten Zinſen (der höchſte erlaubte Zins).

[11] Das Nähere über dieſe Fälle und eine Ergänzung, zum Theil Berichtigung Deſſen, was Arndts l. c. Anm. 3 ſagt, ſ. unten § 174 Beil. I.

[12] Vgl. unten § 174 Beil. I Nr. I—V.

[13] S. unten § 174 Beil. I Nr. VI u. VII.

[14] S. a. a. O. Nr. VIII. [15] S. oben § 168.

gewisse Zeit einmal oder mehrfach oder nur ½ mal u. s. w., also z. B. bei einem in Mark bestimmten Kapital, wie viele Mark auf je 100 M. als Zins bezahlt werden sollen. Nur muß man dabei Folgendes beachten. Bei uns werden die Zinsen gewöhnlich aufs Jahr berechnet, d. h. wenn bestimmt ist, daß Zinsen eines gewissen Maßes zu zahlen sind, so heißt dies im Zweifel so viel: es müssen jährlich jene Procente bezahlt werden. Leihe ich z. B. Jemandem 100 M. zu 5 %, so beträgt der Zins jährlich 5 M.; es ist hier jährlich als Zins 5 mal der Betrag des hundertsten Theiles des Kapitals zu zahlen. Die Römer dagegen berechneten die Zinsen auf den Monat. Deßhalb heißt z. B. usurae centesimae: es sei monatlich als Zins so viel zu zahlen, als der hundertste Theil des Kapitals beträgt, also monatlich 1 %, somit jährlich 12 %. Usurae semisses heißt: es sei als Zins monatlich so viel zu zahlen, als die Hälfte des hundertsten Theiles des Kapitals beträgt; also monatlich ½ % oder jährlich 6 %[1].

Dabei setzte das gemeine Recht ein höchstes Maß fest, das bei Zinsen nicht überschritten werden durfte; selbst dann nicht, wenn der Schuldner mehr versprochen hat oder zu geben bereit ist. Denn es besorgte, daß der Schuldner in der Noth zu leicht sich zu hohen Zinsen verleiten lassen und dadurch in Ruin kommen könne. Nach römischem Rechte waren die höchsten erlaubten Zinsen (usurae maximae) von Cicero's Zeiten an in der Regel usurae centesimae, also 12 % jährlich. Justinian aber setzte für die Regel den höchsten erlaubten Zinsfuß herab auf usurae semisses, 6 % jährlich[2]; nur machte er davon einige Ausnahmen, in denen er zum Theil mehr, zum Theil weniger zuließ[3].

Allein durch das kanonische Recht wurde das ganze römische Zinsenrecht aufgehoben. Es untersagt, gestützt auf mosaisches Recht, alles Zinsennehmen. Wer irgend Zinsen, sei es auch noch so geringe, nehme, soll als usurarius (d. h. als Zinsnehmer) bestraft werden; jede Zinsforderung soll nichtig sein[4]. Jedes Zinsennehmen war nun unerlaubter Wucher. Damit fiel das ganze römische Recht über Zinsen zusammen. Auch in Deutschland hielt man, wie in der ganzen

[1] Vgl. Arndts § 208 Anm. 1. [2] Cod. h. t. 4, 32 cst. 26 § 1.
[3] Arndts § 209 Anm. 1, vgl. § 208 Anm. 2.
[4] Arndts § 210 Anm. 1.

Christenheit, lange an diesem Verbot fest[5]. Aber die Möglichkeit, es theilweise zu umgehen, lag in einem deutschrechtlichen, auch vom kanonischen Recht anerkannten Institute, im Gültkauf oder Rentenkauf. Wer nämlich aus seinem Geld Procente ziehen wollte, gab es, von seiner Seite unaufkündbar, einem Andern so, daß dieser ihm dafür eine jährliche Rente oder Gült zahlen soll, d. h. er kaufte z. B. für 200 vom Empfänger eine jährliche Rente von 10, die aber der Schuldner wenn er wollte, jeder Zeit zurückkaufen konnte mit 200. In der That war ein solches Verhältnis im Wesentlichen ein unter dem Namen Gültkauf kontrahirtes verzinsliches Darlehen, nur daß der Schuldner den Vortheil hatte, daß der Gläubiger es ihm nicht kündigen konnte. Die deutschen Reichsgesetze setzten aber für solche Gültkäufe eine gewisse Grenze fest. Für 100 Gulden Kapital sollen höchstens eine Gült von 5 Gulden jährlich, also 5 %, gezahlt werden dürfen[6].

Indeß war diese Form doch sehr hemmend, ersetzte auch bloß die vertragsmäßigen Zinsen, nicht auch die aus anderen Gründen, namentlich nicht Verzugszinsen. Mit dem steigenden Verkehr machte sich daher das Bedürfnis einer Änderung so geltend, daß man vom Laufe des 16. Jahrhunderts an allmählich das kanonische Verbot außer Acht zu lassen anfing; auch gingen Reichsgesetze des 17. Jahrhunderts in manchen Fällen geradezu von der Zulässigkeit der Zinsen, namentlich der Verzugszinsen, aus[7], und so bildete sich ein Gewohnheitsrecht dahin, in allen den Fällen die Zulässigkeit der Zinsen wieder anzunehmen, in denen nach römischem Recht eine Zinsverbindlichkeit entstand.

Hieraus ergiebt sich folgendes Resultat:

I. Durch das deutsche Gewohnheitsrecht und die Reichsgesetze ist die Zulässigkeit des Zinsennehmens überhaupt und Das, was das römische Recht über die Entstehungsgründe einer Zinsverbindlichkeit festsetzte, wiederhergestellt[8].

II. Aber Das, was das römische Recht über das höchste erlaubte Maß der Zinsen bestimmte, wurde nicht wiederhergestellt; denn nach

---

[5] Mit Ausnahme der Juden, s. Arndts § 210 Anm. 2 b.
[6] S. Arndts § 210 Anm. 2 Lit. a u. c. R. P. O. v. 1577 Tit. 17 § 9.
[7] Arndts § 210 Anm. 2 d. und J. R. A. v. 1654 § 174.
[8] Es gilt also bei uns ganz das oben in § 173 und unten in Beil. I Ausgeführte.

dem gemeinen deutschen Recht ist der höchste erlaubte Zinsfuß bloß 5 % jährlich. Dies ergiebt sich schon daraus, daß die Reichsgesetze sogar beim Rentenkauf, bei welchem die Lage des Schuldners günstiger war, nur 5 % jährlich zulassen[9]. Dabei ist aber noch zu bemerken:

1) beim nauticum foenus[10] kann man sich mehr als 5 % versprechen lassen. Hier gilt überhaupt bei uns kein bestimmtes Maß, weil das Geschäft nichts Anderes ist, als ein besonderes Assekuranzgeschäft[11].

2) Ist der Schuldner mit Zahlung des Kapitals im Verzug, so kann der Gläubiger den gesammten Schaden, den ihm der Verzug zuzog, (volles Interesse) ersetzt verlangen[12] und hier nimmt das Gesetz an, daß sein Interesse jedenfalls in den ihm entgehenden Zinsen besteht; er kann also jedenfalls für die Zeit des Verzugs 5 % Verzugszinsen verlangen[13]. Kann er aber ein höheres Interesse nachweisen, so kann er natürlich auch diesen größeren Schaden (auch lucrum cessans) ersetzt verlangen[14].

3) Hat Jemand ein Kapital mit weniger als 5 % zu verzinsen, z. B. es ist ihm zu 3 % geliehen, er kommt aber in Verzug, so muß er es von der Zeit des Verzugs an jedenfalls mit 5 % verzinsen; dies folgt aus Nr. 2.

4) Nach dem deutschen Handelsgesetzbuch (Art. 292) dürfen bei Handelsgeschäften jährlich 6 % bedungen werden und ein Kaufmann kann für Darlehen, die er aufnimmt, und für alle seine Schulden aus Handelsgeschäften sich unbeschränkt, also auch zu mehr als 6 % verpflichten.

5) Ist auf „landesübliche" Zinsen kontrahirt, so sind dermalen 5 % zu geben. Diese sind bei uns auch zu zahlen in den Fällen, in denen eine Zinsverbindlichkeit aus anderen Gründen, als aus Vertrag oder Verzug entstand.

6) Der Schuldner hat die Zinsen erst nach Ablauf des Zinsjahres zu zahlen. Daraus entscheidet sich auch die bestrittene Frage, ob der Gläubiger sich die Zinsen voraus zahlen lassen dürfe, wenn

---

[9] Arndts § 207.
[10] Arndts § 209 Anm. 1 Lit. c.
[11] Arndts § 283.
[12] S. unten § 192.
[13] S. unten Beil. I Nr. I u. Arndts § 210 Anm. 3.
[14] Arndts § 206 Anm. 2.

der Schuldner dazu bereit ist. Dies ist unbedenklich, sobald kein Zinswucher darin liegt[15].

III. Eines Zinswuchers macht sich nach gemeinem Recht schuldig[16], wer aus einem Kapital mehr als die nach Nr. II erlaubten höchsten Zinsen sich versprechen läßt oder annimmt, sei es unter dem Namen Zinsen oder in der Form irgend eines anderen Vortheils. Das Geschäft oder die Zahlungen, so weit sie einen Wucher enthalten, sind null und nichtig[17].

IV. Außerdem setzt das römische Recht noch folgende Beschränkungen fest, die auch das gemeine Gewohnheitsrecht festhielt:

1) Der Anatocismus, Zins aus Zins, ist verboten; d. h. wenn der Schuldner mit Zinsen im Rückstand ist, so hat er diese Zinsen nicht wieder zu verzinsen, und selbst ein Versprechen, es zu thun, ist ungültig[18].

2) Kommt ein Schuldner mit den Zinsen so sehr in Rückstand, daß er nun gerade so viel Zinsen schuldet, als das Kapital beträgt, so wird, so lange dies der Fall ist, jedes weitere Anschwellen der Zinsen sistirt, d. h. für die Zeit, in welcher der Zinsrückstand das alterum tantum sortis beträgt, dürfen keine Zinsen berechnet werden[19].

V. In neuerer Zeit ist man zur richtigen Einsicht gekommen, daß Gesetze gegen Versprechen und Annahme von Zinsen, welche ein gewisses Maß überschreiten, mehr schaden als nützen. Deßhalb wurden diese Beschränkungen in manchem deutschen Staate durch Landesgesetze aufgehoben und jetzt ist dies für das ganze deutsche Reich geschehen durch das Reichsgesetz vom 14. November 1867[20]. Hiernach giebt es im Gebiet des deutschen Reiches keinen Zinswucher im Sinne des früheren gemeinen Rechts mehr.

Beilage I.

Eine Zinsverbindlichkeit, welche nicht auf ein besonderes Rechtsgeschäft (Vertrag, letzter Wille), sondern auf einen Rechtssatz sich stützt (sog. gesetzliche Zinsen), tritt in folgenden Fällen ein:

---

[15] Vgl. Arndts § 209 Anm. 4. D. de pact. 2, 14 l. 57 pr.; de doli exc. 44, 4 l. 2 § 6.

[16] Vgl. indeß unten Nr. V.

[17] Näheres s. bei Arndts § 209 Abs. 2. Vgl. aber unten Nr. V.

[18] S. Arndts § 209 Nr. 2.

[19] Arndts § 209 Note c. — Nach dem Handelsgesetzbuch Art. 293 aber gilt das nicht bei Handelsgeschäften.

[20] S. die Beil. II. Dies Gesetz des norddeutschen Bundes ist Reichsgesetz geworden.

I. Wegen Verzugs. Wenn ein Schuldner mit der Zahlung eines Kapitals in Verzug kommt: so kann der Gläubiger allen Schaden, der ihm durch den Verzug zuging, mit Einschluß des entgangenen Gewinns, ersetzt verlangen; nur muß er den Beweis des erlittenen Schadens führen (Arndts § 251). Zu diesem Schaden nun gehört auch, wenn dem Gläubiger durch den Verzug Zinsen entgingen, die er durch Ausleihen des Kapitals, falls es ihm zur rechten Zeit gezahlt worden wäre, hätte ziehen können. In dieser Beziehung aber ist ihm die Ersatzforderung in so fern erleichtert, als das Gesetz unbedingt voraussetzt (also der Gläubiger es nicht erst zu beweisen hat), der durch den Verzug des Schuldners ihm zugegangene Schaden bestehe wenigstens in dem Betrage der landesüblichen Zinsen, die durch Ausleihen des Kapitals hätten gezogen werden können. Der Gläubiger kann daher für die Zeit, in welcher der Schuldner in Verzug sich befindet, jedenfalls die Verzinsung des Kapitals, und zwar nach gemeinem Recht zu 5 Procent verlangen; Verzugszinsen, usurae ex mora; s. die Stellen bei Arndts § 251 Anm. 3 und Reichs Dep. Absch. v. 1600 § 139; vgl. auch unten Nr. VII. — Eine Zinsverbindlichkeit wegen Verzugs tritt aber nicht ein: a. bei geschuldeten öffentlichen oder Privat-Strafen; D. 27, 8 de mag. conv. l. 9; C. 10, 8 de fiscal. usur. cst. 1. — b. bei Schulden aus einer Schenkung; (s. unten § 196 Beil. Lit. B.) — c. bei Früchten, wenn sie als Accession einer Hauptsache, die man besaß, geschuldet werden, weil von einer solchen Accession nicht wieder eine Accession zu zahlen ist; D. h. t. l. 15; anders ist es daher bei Früchten, welche nicht die Qualität einer Accession haben, sondern einen Theil der Hauptforderung selbst bilden; D. 5, 3 de H. P. l. 51 § 1 a. E. — d. Auch ist zum Verständnis des römischen Rechts noch zu bemerken, daß was bei uns wegfällt) bei negotia und actiones stricti iuris (Kondiktionen Verzugszinsen nicht gefordert werden konnten, mochte die Forderung auf ein certum oder auf ein incertum gegangen sein; C. 4, 5 de condict. ind. cst. 1; 4, 7 de condict. ob. turp. caus. cst. 4; 4, 30 de non num. pec. cst. 9; D. 19, 5 de praesc. verb. l. 24; 17, 1 mand. l. 10 § 4; 39, 4 de donat. l. 22 a. E.; nur Forderungen auf ein Legat machten eine Ausnahme; Gaius Inst. II § 280; D. h. t. l. 34.

II. Durch einen Proceß über eine Schuld, welche der Schuldner aus welchem Grunde es sei, z. B. wegen Vertrags oder Verzugs ꝛc. zu verzinsen hat, wird der Lauf der Zinsen nicht sistirt, d. h. der Schuldner hat auch während des Processes die Schuld zu verzinsen. Aber auch wenn die Schuld an sich eine unverzinsliche ist, auch der Schuldner sich nicht im Verzug befindet noch durch die Klage in Verzug gesetzt wurde (er also plausible Gründe hatte, es auf den Proceß ankommen zu lassen): so hat er doch das Kapital, in welches er zu verurtheilen ist, jedenfalls für die Proceßzeit von Insinuation der Klage an zu verzinsen; sog. Proceßzinsen; C. 6, 47 de usur. et fruct. cst. 2, Unterholzner Lehre von den Schuldverh. I § 158 Note p., Savigny Syst. VI § 270, 271. Bestritten ist hier die für uns unpraktische Frage, ob nach römischem Recht auch bei actiones stricti iuris solche Proceßzinsen zu zahlen waren; Unterholzner a. O. bejaht es; Savigny Syst. V S. 141. 465 verneinte es; später aber (Syst. VI S. 141, 146 f.) bejahte er es mit Ausnahme des Falles, wenn die condictio auf eine genau bestimmte Geldsumme ging. Allein für die unbedingte Verneinung sprechen namentlich C. 4. 5 de condict. indeb. cst. 1 u. 4, 30 de non num. pec. cst. 9, auch D. h. t. l. 34, Stellen, welche sich auf die von Savigny behauptete Weise nicht werden beschränken lassen. — Eine einmal begründete Zinsverbindlichkeit und somit auch die zu Proceßzinsen sollte auch nach rechtskräftigem Urtheil fortlaufen, so daß der Schuldner, wenn er in Kapital und Zinsen verurtheilt ist, das Kapital bis zur Bezahlung desselben zu verzinsen hat. Auf diese Weise wird es wohl auch nach gemeinem Rechte angenommen und gehalten. Savigny Syst. VI S. 412. Allein nach römischem Recht hörte mit dem Urtheile der weitere Zinsenlauf auf; wenn jedoch der Verurtheilte nicht innerhalb vier Monaten das Urtheil erfüllte: so hatte er das Kapital, in welches er zu verurtheilen war, vom Ablaufe des vierten Monats

an, und zwar auch nach justinianischem Recht, mit 12 Procent zu verzinsen; usurae rei iudicatae; C. 4, 32 de usur. cst. 13; 7, 54 de usur. rei iud. cst. 1—3.

III. Wer von fremdem Vermögen, das er zu verwalten hat, Etwas ohne besondere Ermächtigung in seinen Nutzen verwendet, ist verbunden, Zinsen davon zu zahlen; D. 17, 1 mand. l. 10 § 3; 26, 7 de adm. tut. l. 7 § 4, 10, 11, 12 C. 4, 34 depos. cst. 4; er muß daher auch Zinsen, die er aus dem fremden Vermögen bezog, wenn er sie in seinen Nutzen verwendete, verzinsen; l. 10 § 3 a. E. l. 7 § 12 cit.

IV. Wer für einen Anderen Geld zu verwalten hat, z. B. als Vormund, Mandatar, negotiorum gestor, ist verbunden, es für ihn, so weit die Verhältnisse es zulassen, nutzbringend zu verwalten, es also, so fern ihm dazu sichere Gelegenheit gegeben ist und sein Principal das Geld nicht für sich nöthig hat, für ihn auf Zinsen auszuleihen; der Mandatar und negotiorum gestor jedoch dann nicht, wenn der Principal selbst es zu unterlassen gewohnt ist. Leiht er es unter den bezeichneten Voraussetzungen nicht auf Zinsen aus: so muß er die dem Principal entgehenden Zinsen ersetzen; D. h. t. l. 13 § 1; 3, 5 de negot. gest. l. 19 § 4; de adm. tut. l. 15; Arndts § 455. Kommt er mit diesem Ersatze der Zinsen in Verzug: so muß er auch von der Ersatzsumme Zinsen zahlen; denn jene entgangenen Zinsen hat er nicht als Zinsen aus einer Schuld, die er schuldet, sondern als besonderes Ersatzkapital zu zahlen; es leiden daher hier die Grundsätze über Anatocismus keine Anwendung; s. auch Nr. III a. E.

V. Macht man Verwendungen zum Besten eines Anderen in der Art, daß man nach den Grundsätzen des Mandats oder der negotiorum gestio für das Verwendete Ersatz verlangen kann: so kann man von der Zeit der Verwendung an Zinsen daraus ansprechen. D. 17, 1 mand. l. 12 § 9; 3, 5 de neg. gest. l. 19 § 4 zweite Hälfte; 17, 2 pro soc. l. 67 § 2 l. 52 § 10; vgl. auch deutsches Handelsgesetzbuch Art. 290 Abs. 2.

VI. Der Käufer muß den Kaufpreis, auch wenn er mit demselben nicht im Verzuge ist, von dem Tage an verzinsen, an welchem der gekaufte Gegenstand ihm tradirt oder sonst in seine Hände gekommen ist; D. 19, 1 de A. E. V. l. 13 § 20 („nam quum re emtor fruatur, aequissimum est, eum usuras pretii pendere“) § 21; 22, 1 h. t. l. 18 § 1; C. 4, 32 eod. cst. 2. Diese Verbindlichkeit hat er auch dann, wenn er in begründeter Weise die Zahlung aufgeschoben hatte, z. B. weil ihm Eviktion der gekauften Sache drohte oder sein Gläubiger abwesend oder demselben nicht mit Sicherheit zu zahlen war; er kann nur durch gerichtliche Deposition des Kaufgeldes nach gehöriger Anbietung desselben sich davon befreien; l. 18 § 1 cit.; A. D. Weber Versuche über das Civilrecht S. 257. Natürlich aber können die Partieen das Gegentheil verabreden, und in dieser Hinsicht ist namentlich zu bemerken: 1. Wenn gleich beim Abschluß des Kaufs die Kreditirung des Kaufpreises verabredet und keine Verzinsung versprochen wurde: so ist anzunehmen, daß der Verkäufer hierauf bei der Bestimmung des Kaufpreises Rücksicht genommen, also den ihm entgehenden Zinsvortheil, das interusurium, auf den Kaufpreis geschlagen habe; in einem solchen Falle hat daher der Käufer den Preis erst vom Verzuge an zu verzinsen, also nach fruchtloser Mahnung oder wenn ein Zahlungstag verabredet war, mit dem fruchtlosen Ablaufe desselben (vgl. auch Handelsgesetzbuch Art. 288). Wurde aber erst später nach Ablieferung des gekauften Gegenstandes, wegen des Kaufpreises Kredit gegeben: so wird dadurch die Zinsverbindlichkeit, die bereits mit der Übergabe von selbst eingetreten war, nicht sistirt; denn man kann eine solche spätere Kreditirung nicht so auslegen, als ob nun der Verkäufer auf die Zinsen habe verzichten wollen. 2. Wenn einem Kaufmanne oder Handwerker im Kleinhandel Waaren auf Rechnung entnommen werden: so ist auch hier anzunehmen, der Verkäufer habe den Kaufpreis auf unbestimmte Zeit kreditirt und das interusurium auf die Waare geschlagen, so daß der Preis auch hier erst von dem Verzug des Käufers an zu verzinsen ist. Viele Partikularrechte aber setzen eine gewisse Zeit fest, für welche in solchen Fällen der Kaufpreis als kreditirt gelten und

nach deren Ablauf die Zinsverbindlichkeit eintreten soll, z. B. Württemberg 6 Monate, Preußen 1 Jahr; das Sächsische Gesetzbuch § 1095 aber bestimmt, abweichend vom früheren sächsischen Recht, daß überhaupt ein Kaufpreis nach Übergabe der Sache stets zu verzinsen sei, ausgenommen „wenn er gestundet worden" oder an dem betreffenden Orte „eine Gestundung üblich ist"; eine dritte Ausnahme bildet aber auch noch der Fall von Nr. VII a. E.

VII. Aus besonderer Begünstigung gewisser Verhältnisse tritt eine Zinsverbindlichkeit ein in den Fällen, welche Arndts § 397 a. E. (Dotalversprechen), § 409 Note b (Rückzahlung der dos), § 558 bei Note i (Vermächtnisse zu milden Zwecken) anführt. Auch sind nach dem Deutschen Handelsgesetzbuch Art. 289 Kaufleute unter einander berechtigt, in beiderseitigen Handelsgeschäften von jeder Forderung Zinsen von dem Tage an zu verlangen, an welchem die Forderung fällig ist.

VIII. Begünstigung gewisser Personen. Das gemeine Recht privilegirt in einer nicht zu billigenden Weise:

1) die Minderjährigen dahin, daß sie von fälligen Forderungen selbst dann, wenn auch der Schuldner nicht im Verzuge ist, Zinsen verlangen können; das Privilegium ist aber ein höchst persönliches und hört mit der Erreichung der Volljährigkeit auf; D. 31 de legat. II l. 87 § 1; C. 2, 41 in quib. caus. in int. est. 3. Häufig wird behauptet, dieser Fall gehöre nicht hierher, sondern unter Nr. I, indem das Privilegium der Minderjährigen sich so weit erstrecke, daß bei jeder fälligen Forderung ihr Schuldner ohne Weiteres als in einem wirklichen Verzuge, in einer besonderen mora ex re, befindlich zu behandeln sei und aus diesem Grunde die Forderung zu verzinsen habe; so von den meisten Älteren und auch von manchen Neueren, z. B. von Madai Lehre vom Verzuge § 26 S. 154 f. Windscheid Pand. § 278 Nr. 3. Allein dies ist entschieden zu verneinen. Es würde doch ganz exorbitant sein, wenn das Privilegium der Minderjährigen so weit ginge, daß ihren Schuldner, der weder gemahnt wurde noch aus einem anderen Grunde im Verzuge sich befindet, alle Nachtheile des Verzugs treffen sollten. Deßhalb wollen Manche, welche hier eine wirkliche mora als vorhanden annehmen, z. B. Arndts § 251 Anm. 5 (der sich jedoch über die Frage zweifelnd äußert), wenigstens die übrigen Folgen der mora ausschließen. Allein wenn hier der Schuldner des minor deßhalb das fällige Kapital verzinsen soll, weil er in solchen Fällen als in einer wirklichen mora ex re befindlich gelte: so müßten ihn alle Nachtheile der mora treffen. Eine solche Anomalie könnte aber nur angenommen werden, wenn sie ganz klar in den Quellen ausgesprochen wäre. Dies ist jedoch keineswegs der Fall; vielmehr sagen sie ausdrücklich von dem angegebenen Falle, der Schuldner sei nicht im Verzuge; l. 87 § 1 cit.; C. 4, 49 de A. E. V. est. 5. Namentlich sagt die l. 87 § 1 »non pro mora hoc habendum est«; durch diese Worte soll aber nicht, wie Windscheid glaubt, nur auf das Besondere aufmerksam gemacht werden, daß der Verzug hier wieder aufhöre, sobald der Minderjährige großjährig geworden sei; vielmehr wollen sie, wie aus den folgenden Worten (»quam sufficit semel intervenisse, ut perpetuo debeantur«) hervorgeht, sagen: wenn es eine wirkliche mora wäre, was es nicht ist, so müßte die Zinsverbindlichkeit fortdauern, so lange der Schuldner nicht zahlt, und könnte nicht durch die Volljährigkeit des Gläubigers sistirt werden. Auch steht dem Gesagten nicht, wie Windscheid mit Anderen glaubt, die l. 3 § 2 D. 34, 4 de adim. leg. entgegen; denn die Begünstigung, welche diese Stelle dem impubes einräumt, wird nicht auf eine wirkliche mora gestützt, sondern der besondere Fall nur so behandelt, als ob ein Verzug vorgelegen hätte. Sollte aber auch diese Stelle noch zweifelhaft sein: so müßte sie der unzweifelhaften Erklärung der l. 87 § 1 cit. weichen. S. auch Mommsen Beiträge zum Obligationenrecht III S. 120 f. und noch über die l. 17 § 3 h. t. Denselben S. 124.

2) Das gleiche Privilegium, wie den Minderjährigen, wird sogar auch dem Fiskus auf Grund von l. 17 § 5, 6 l. 43 h. t. beigelegt.

IX. In Beziehung auf die sog. gesetzlichen Zinsen ist noch Folgendes zu bemerken:

1) Es ist bestritten, ob in den unter I—III, V, VIII angeführten Fällen die Zinsverbindlichkeit bloß bei Geldschulden eintrete oder auch bei Schulden, die auf andere fungible Sachen, z. B. Weizen, Hafer, Heu u. s. w. gehen. Das Erstere wird von sehr Vielen, namentlich von Savigny Syst. VI § 269, 270 Nr. 1, Mommsen Beiträge III S. 236 f., Arndts § 207 Anm. 3 § 251 Nr. 1, Windscheid Pand. 280 Note 7 behauptet. Allerdings ist zuzugeben, daß eine zinsbare Benutzung von Geld beinahe zu jeder Zeit, wenn freilich nicht immer mit Sicherheit, möglich ist, während bei anderen Fungibilien die Gelegenheit dazu nicht so leicht geboten sein wird, und daß die betreffenden Stellen meist von Geldschulden, dem gewöhnlichen Falle, sprechen. Allein einzelne Stellen sprechen in jenen Fällen so allgemein und ohne Beschränkung auf Geldkapitalien die Zinsverbindlichkeit aus (z. B. D. 22, 1 h. t. l. 32 § 2 l. 43; 31 de legat. II l. 87 § 1; C. 6, 47 de usur. et fruct. cst. 1, 2), daß es mehr als bedenklich ist, sie auf Geldzinsen und Geldkapitalien zu beschränken. Auch spricht namentlich in den Fällen unter I und II für die Erstreckung der Zinsverbindlichkeit auf andere als Geldkapitalien, daß darin eine billige Erleichterung des schwierigen Beweises des Interesses der verspäteten Zahlung liegt, auch der Gläubiger solche Kapitalien wohl meist verwerthet haben würde und ihm dadurch in anderer Weise ein Gewinn von Zinsen entgeht; überdies spricht noch dafür D. 5, 3 de H. P. l. 51 § 1 in den Worten »diversa ratio« ꝛc., in welche man wohl nicht mit Savigny Syst. VI § 270 Note l die Voraussetzung hineintragen kann, daß der Besitzer die Früchte verkauft, also die Schuld in eine Geldschuld ververwandelt habe; vgl. auch Handelsgesetzbuch Art. 288. Die neueren Landesgesetzgebungen differiren über die Frage, z. B. das Österreichische Gesetzbuch § 1333 (vgl. § 984, 993) erstreckt die Verbindlichkeit zu Verzugszinsen mit Recht auf jedes Kapital, also auch auf Fruchtkapitalien; das Sächsische dagegen § 673 beschränkt den Begriff der Zinsen überhaupt auf Geldkapitalien und daraus folgt, daß in den Fällen, in welchen es eine gesetzliche Zinsverbindlichkeit festsetzt, also namentlich beim Verzuge, dies nur auf Geldkapitalien zu beziehen ist (natürlich schließt dies nicht aus, daß durch Vertrag oder letzten Willen auch aus anderen Kapitalien, z. B. aus einem Fruchtkapitale, Zinsen festgesetzt werden können, die dann nach Analogie des vom Gesetze über Zinsen aus Geldkapitalien Bestimmten zu beurtheilen sein würden); dabei giebt aber der § 741 bei Forderungen auf andere vertretbare Sachen dem Gläubiger, wenn der Schuldner in Verzug kommt, die Wahl, ob er die Sachen oder deren Werth fordern will, und dann kann er, wenn er den Werth wählt, auch Verzugszinsen aus demselben verlangen; vgl. § 744.

2) Der Fiskus genießt das exorbitante Privilegium, daß er, so fern er nicht in die Stelle eines andern Schuldners eintritt, »ex suis contractibus usuras non dat« D. h. t. l. 17 § 5. Natürlich bezieht sich dies nicht auf solche Zinsen, die er versprochen hat oder die ihm in einem letzten Willen auferlegt wurden, sondern nur auf gesetzliche, namentlich Verzugszinsen. Ein solches Privilegium läßt sich freilich in keiner Weise rechtfertigen und die deutschen Partikularrechte hätten es mit den übrigen privatrechtlichen Privilegien des Fiskus längst beseitigen sollen, wie dies jüngst vom Sächsischen Gesetzbuche geschah.

3) Von Manchen wurde behauptet, eine Zinsverbindlichkeit könne auch durch Ersitzung entstehen. Dies ist aber unmöglich, da bei Obligationen von Besitz nicht die Rede sein kann; auch wissen die Quellen von einer solchen Verjährung Nichts; denn die Stellen, welche dafür angeführt werden, sprechen von etwas ganz Anderem, nämlich von Präsumtionen, die aus längerer Zinszahlung sich ergeben können; s. die bei Windscheid Pand. § 259 Note 7 Angeführten und Heimbach im Rechtslexikon Bd. XV S. 395—415.

4) Die unter Nr. I und III angeführten Zinsen bezeichnen Viele durch usurae punitoriae. Allein dies beruht auf einer Verwechselung von Strafe und Ersatz; denn jene Zinsen sind lediglich als Schadenersatz zu bezahlen.

Beilage II.

Die gesetzlichen Schranken im zulässigen Maße der Zinsen und eben damit auch die strafrechtlichen Bestimmungen über Zinswucher wurden durch einige neuere Partikulargesetze, namentlich für Sachsen durch ein Gesetz vom 25. Oktober 1864, durch welches die entgegenstehenden Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuchs und der Publikations-Verordn. zu demselben § 4, 5 aufgeboten wurden, beseitigt und nunmehr ist das Gleiche auch durch ein Gesetz des norddeutschen Bundes, nun deutsches Reichsgesetz vom 14. November 1867 geschehen, welches sich im Wesentlichen an das angeführte sächsische Gesetz anschließt. Über dieses Reichsgesetz s. Schwarze in der Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung N. F. XXX S. 289—302 (namentlich über das Verhältnis des Reichsgesetzes zu dem angeführten, dem Reichsgesetz nun nachstehenden sächsischen Gesetz) und P. Hinschius in der Preußischen Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege II S. 14—67. Es gilt daher nun für alle, im deutschen Reich vereinigte Staaten, in dieser Hinsicht Folgendes als gemeines deutsches Recht:

1) „Die Höhe der Zinsen, so wie die Höhe und die Art der Vergütung für Darlehen und für andere kreditirte Forderungen unterliegen der freien Vereinbarung"; § 1 des angeführten Reichsgesetzes. Es sind hierdurch alle direkten oder indirekten Beschränkungen des bisherigen gemeinen und partikulären Rechts, welche in Staaten des deutschen Reiches über Versprechen oder Annahme der Zinsen und über Wucher galten, aufgehoben; § 1 Absatz 2 des Reichsgesetzes. Es können daher auch die Partieen das Maß der zu zahlenden Zinsen ganz in beliebiger Höhe gültig festsetzen; d. es fällt jede Beschränkung über Vorausbezahlung der Zinsen, Abzug der Zinsen am Kapital und dergl. weg (also namentlich auch die Bestimmung des § 683 des Sächsischen Gesetzbuchs, was Hinschius a. O. S. 38 mit Unrecht bestreitet, s. Schwarze a. a. O. S. 295). c. Es kann eine Konventionalstrafe, z. B. wegen verzögerter Bezahlung eines Darlehens in beliebiger Höhe festgesetzt werden, da von einem Verstoße gegen gesetzliche Zinsbeschränkungen nicht mehr die Rede sein kann. Diese Konsequenz zieht auch der § 1 des Reichsgesetzes. Auch kann es d. keinen Zweifel leiden, daß ein Erblasser in seinem letzten Willen seinem Erben oder Denjenigen, die sonst von ihm bedacht werden, die Verzinsung eines Kapitals zu beliebiger Höhe der Zinsen auferlegen kann. Zwar spricht das Reichsgesetz bloß von Zinsvereinbarungen; allein es giebt nicht mehr irgend ein höchstes erlaubtes Maß von Zinsen, welches überhaupt und also auch durch eine letztwillige Verfügung zu überschreiten unzulässig wäre.

2) Dagegen bleibt es bei dem bisherigen Rechte: a. hinsichtlich der privatrechtlichen Bestimmungen über Zinsen von Zinsen (Anatocismus) Reichsgesetz § 4; in Sachsen bleiben also die §§ 679—681 des bürgerlichen Gesetzbuchs gültig; b. hinsichtlich des Maßes der Zinsen, wenn die Zinsverbindlichkeit nicht auf Vertrag oder letztem Willen beruht (der sog. usurae legales), also namentlich der Verzugszinsen; nur kann für den Fall des Verzugs von den Partieen eine beliebige Erhöhung des Zinsmaßes vereinbart werden, da für verabredete Zinsen eine gesetzliche Schranke nicht besteht; auch versteht sich von selbst, daß, wenn überhaupt höhere Zinsen als fünf Procent (das gesetzliche Maß der Verzugszinsen) aus einem Kapitale versprochen wurden, diese höheren Zinsen fortzuzahlen sind, wenn der Schuldner in Verzug kommt; Reichsgesetz § 3. c. Auch die Bestimmungen des in den einzelnen deutschen Staaten geltenden bisherigen gemeinen oder partikulären Rechts über Verbot der lex commissoria beim Pfandrecht und über Beschränkungen in der Freiheit des Verkaufs der Pfänder sind durch das Reichsgesetz nicht geändert. Zwar ist in dieser Hinsicht Hinschius a. O. S. 51 ff. anderer Ansicht; allein, wenn man auch die betreffenden, gegen solche Bestimmungen verstoßenden Verabredungen zum Theil unter den Begriff einer Konventionalstrafe bringen kann: so beruhen doch jene Bestimmungen auf besonderen Gründen und Rücksichten und waren in keiner Weise Konsequenzen der bestandenen Zinsbeschränkungen oder von diesen influenzirt und können daher

auch nicht mit dem Wegfall der Zinsbeschränkungen wegfallen; es bleibt daher namentlich der § 383 des Sächsischen Gesetzbuchs und da, wo das bisherige gemeine Recht noch gilt, die Bestimmung desselben über die lex commissoria beim Pfandrechte in Gültigkeit.

3) Das Reichsgesetz § 2 räumt dem Schuldner, wenn für eine Schuld mehr als sechs Procent zugesagt werden, eine Vergünstigung ein, um ihn indirekt gegen den Druck einer hohen Zinsverbindlichkeit, die er in bedrängter Lage einging, zu schützen. Er kann die Schuld nach Ablauf eines halben Jahres und später halbjährig kündigen und dieses Recht kann ihm durch Verabredung nicht beschränkt werden; nur gilt die Erleichterung nicht bei Schuldverschreibungen, die in gültiger Weise auf den Inhaber gestellt sind, ferner nicht bei Darlehen, die ein Kaufmann empfängt, und nicht bei Schulden eines Kaufmanns aus seinen Handelsgeschäften; Reichsgesetz § 2 (die gleichen Bestimmungen enthält schon das Sächsische Gesetz von 1864 § 2, 3). Auch räumt das Reichsgesetz § 5 den Bundesstaaten ein, jene Vergünstigung durch Landesgesetz auszuschließen oder zu beschränken. Wenn in dieser Hinsicht Hinschius a. O. S. 66 glaubt, daß in denjenigen Bundesstaaten, deren Gesetzgebungen über diesen Punkt gar keine Bestimmung enthalten, die angeführte Vergünstigung nicht Platz greife: so ist dabei die Fassung des § 5 des Reichsgesetzes nicht gehörig beachtet. Denn der § 5 läßt bloß zu, daß die einzelnen Landesgesetze jene Vergünstigung ausschließen, ein Ausschließen der Vergünstigung ist es aber nicht, wenn die Landesgesetze bisher über diesen Punkt gar Nichts enthielten. So lange sie daher nichts Besonderes darüber bestimmen, muß der § 2 des Reichsgesetzes auch in den betreffenden Staaten zur Anwendung kommen.

Konventionalstrafen.

§ 175.

(Arndts § 211.)

Eine Obligation kann vermöge gesetzlicher Bestimmung auf eine Privatstrafe gehen[1]. Häufiger aber kommt es bei uns vor, daß eine Partei sich verpflichtet, im Fall eines gewissen Thuns oder Lassens, ihrem Paciscenten Etwas als Strafe zu zahlen, poena conventionalis.

Der Hauptzweck der Konventionalstrafe ist, eine bestehende Obligation zu bekräftigen (verstärken), und für den Fall ihrer Nichterfüllung den Beweis des Schadens, der oft schwierig und unsicher ist, den aber der Verletzte führen müßte, sich zu ersparen. Hieraus folgt:

1) Fällt die Hauptobligation ganz weg, z. B. wird sie gehörig erfüllt oder nachgelassen oder sonst aufgehoben, so wird natürlich auch das Strafversprechen wirkungslos. Ferner: ist die Hauptobligation nichtig kontrahirt, so ist auch das Strafversprechen ungültig, außer die Ungültigkeit der Hauptobligation würde darin liegen, daß ihr Inhalt für den Gläubiger gar kein pekuniäres Interesse hat,

[1] Darüber s. oben § 89 Nr. II (Th. I S. 464).

in welchem Falle natürlich ein Strafversprechen gültig ist, weil dadurch das Geschäft für den Gläubiger in so fern Interesse bekommt, als er, wenn die Hauptobligation nicht erfüllt wird, wenigstens auf die Strafe klagen kann [2].

2) Die Strafe *verfällt*, wenn der Schuldner die schuldige Leistung nicht oder nicht gehörig erfüllt; es hat dann der Gläubiger in der Regel die Wahl, ob er auf die Zahlung der verwirkten Strafe oder auf die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit klagen will [3]. Beides aber kann er verlangen, wenn dies verabredet wurde, oder wenn, was bei uns der gewöhnliche Fall ist, in welchem eine solche Strafe zugesagt wird, die Strafe bloß als Strafe wegen verspäteter oder nicht gehöriger Erfüllung versprochen wurde [4].

3) Das Versprechen einer (Konventional-) Strafe kann auch in der Art vorkommen, daß Jemand eine Leistung vertragsmäßig zusagt, sich aber das Recht vorbehält, statt derselben, wenn er wolle, eine bestimmte Strafe zu zahlen, sog. *Reupön*, *Wandelpön*. Der Gläubiger kann in einem solchen Falle bloß die Erfüllung der zugesagten Leistung verlangen, bloß diese ist in obligatione, der Schuldner aber kann, wenn er will, die Strafe seiner Leistung substituiren [5].

Drittes Kapitel. Subjekte der Obligation.

A. Im Allgemeinen.

§ 176.

(*Arndts* § 212.)

Was die Subjekte der Obligation betrifft, so werden zu jeder Obligation wenigstens *zwei* Personen erfordert [1]: ein Berechtigter,

[2] Vgl. oben § 120 Nr. IV (Th. II S. 19); I. de inutilib. stipul. 3, 19 § 19. *Arndts* l. c. Note b. d.

[3] *Arndts* l. c. Note g.

[4] S. die Stellen bei *Arndts* l. c. Note f. — Über die *Beweislast* s. oben § 101 Beil. II Nr. II 5 (Th. I S. 527).

[5] Vgl. oben § 169. — Hier ist nicht, wie *Arndts* l. c. bei Anm. 1 sagt, eine *alternative Obligation* vorhanden, sondern nur eine facultas alternativa. — Wird die Hauptleistung ihm durch *Zufall unmöglich*, so ist er von seiner Verbindlichkeit frei, vgl. oben § 169 a. E.

[1] Man kann nicht gegen sich selbst eine Obligation haben; daraus folgt das Princip der confusio.

der hier Gläubiger, creditor oder reus credendi (bei Stipulationen reus stipulandi[2]) heißt, und ein Verpflichteter, Schuldner, debitor oder reus debendi (bei versprochenen Leistungen reus promittendi). Häufig spricht man noch (in einem gewissen Gegensatz) von bloß persönlichen Forderungen. Eigentlich ist dies Pleonasmus; denn jeder Gläubiger ist ein persönlicher, d. h. sein Recht aus der Obligation ist bloß ein persönliches oder Forderungsrecht, nicht ein dingliches Recht. Allein man gebraucht jenen Ausdruck nicht unpassend, um den Gegensatz zum Pfandgläubiger zu bezeichnen, d. h. zu dem Gläubiger, dessen Forderung durch ein Pfandrecht gesichert ist. Persönlicher Gläubiger bedeutet dann den creditor chirographarius, d. h. den Gläubiger, dessen Forderung nicht durch ein Pfandrecht gesichert, eine bloß persönliche Forderung im Gegensatz zur Pfandforderung ist. — Natürlich kann bei derselben Obligation jede Partei zugleich Gläubiger und Schuldner sein, z. B. bei der Miethe, bei dem Kauf[3].

Es können bei einem obligatorischen Verhältnisse auch mehr als zwei Personen betheiligt sein, sei es an der aktiven Seite als Gläubiger, oder an der passiven als Schuldner[4]. In solchen Fällen ist es Regel, daß das Recht, resp. die Schuld von selbst unter den Mehreren als getheilt gilt[5], das obligatorische Verhältnis ist dann eine obligatio pro rata und zwar, wenn nichts Anderes verabredet ist oder das vorliegende besondere Verhältnis nichts Anderes mit sich bringt, im Zweifel zu gleichen Theilen, nach Kopftheilen. Gebe ich z. B. dem A. und B. mit einander ein Darlehen von 1000 M., so habe ich zwei Obligationen kontrahirt, jede zu 500 M., A. schuldet mir 500 M., B. 500 M. Ferner: wenn ich dem N. 600 M. geliehen habe und er stirbt und hinterläßt 2 Erben, so ist, sobald sie die Erbschaft erwerben, meine Forderung ipso iure unter ihnen getheilt und zwar nach der Quote, zu der Jeder von ihnen Erbe wurde; also ist, wenn sie zu gleichen Theilen Erben sind, Jeder mir 300 M. schuldig als ganz selbständiger Schuldner; wenn aber der eine Erbe zu $^5/_6$, der

---

[2] Stipulari in der Regel gleich: sich Etwas versprechen lassen.

[3] Hierüber und über das von Arndts Gesagte s. unten § 185 Beil.

[4] Es kann die Thatsache, durch welche eine Obligation begründet war, oder besteht, sich auf Mehrere, sei es als Gläubiger oder als Schuldner, beziehen.

[5] Nomina ipso iure sunt divisa.

andere zu 1/6 Erbe ist, so ist jener mir 500 M. schuldig, der andere 100 M. — Eben so ist es, wenn ein Gläubiger stirbt und mehrere Erben hinterläßt; jede Forderung, die er hatte, theilt sich von selbst unter seine Erben nach der Quote, zu der sie Erben sind[6].

In solchen Fällen ist nur scheinbare, nur nominelle Einheit der Obligation vorhanden. Denn die Obligation zerfällt in so viele einzelne selbständige Obligationen, als Theilnehmer sind; jede ist völlig unabhängig von der anderen; wird die eine getilgt, so hat dies keinen Einfluß auf die andere; wird der eine Schuldner insolvent, so kann seinen Theil der Gläubiger nicht von den anderen fordern[7].

Natürlich aber muß, wenn diese Regel der Theilung der Obligation eintreten soll, die Obligation eine theilbare sein, was aber bei den meisten Obligationen der Fall ist[8].

B. Die solidarische Obligation.

1. Überhaupt und insbesondere die Korrealobligation.

§ 177.

(Arndts § 213.)

Von der (in § 176 angegebenen) Regel giebt es wichtige Ausnahmen, in denen eine Obligation, an welcher Mehrere Theil nehmen, eine solidarische ist. Im weiteren Sinne sind solidarische Obligationen (obligationes in solidum, Gesammtschuldverhältnisse) solche Obligationen, bei welchen auf der aktiven oder passiven Seite mehrere Personen so betheiligt sind, daß wenn es mehrere Gläubiger sind, Jeder einen Anspruch auf das Ganze hat, oder wenn es mehrere Schuldner sind, Jeder das Ganze schuldet; aber wenn die Obligation einmal getilgt, z. B. bezahlt wird, sie für alle Theil-

---

[6] Arndts § 213 Note b. D. de V. O. 45, 1 l. 117; Cod. fam. herc. 3, 36 cst. 6; si unus ex plurib. her. 8, 32 cst. 1. 2.; de except. 8, 36 cst. 1. — Daraus folgt auch die konsequente Entscheidung Papinians in l. 10 § 3 de appell. 49, 1: daß, wenn Mehrere in Eine Summe verurtheilt sind, Jeder bloß pro rata haftet.

[7] Vgl. die Stellen der Anm. 6 bei Arndts l. c. und D. 42, 1 l. 43; Cod. 4, 2 cst. 5; 7, 55 cst. 1; Nov. 99 cap. 1 init. Der gemeinsame Entstehungsgrund ist etwas Zufälliges und Indifferentes; — er und die Gleichheit der Obligation verursachen nur den Schein Einer Obligation.

[8] S. oben § 64 Nr. III (Th. I S. 295) und unten § 179.

nehmer erlischt. Sie zerfallen in zwei Klassen: in die Korrealobligationen und in die solidarischen Obligationen im engern Sinne[1].

Bei den Korrealobligationen kommen folgende Fragen in Betracht.

I. Begriff und Zweck der Korrealobligation. Korrealobligation oder Gesammtschuldverhältnis im engern Sinn ist der Fall, wenn bei einer und derselben Obligation mehrere Personen als Schuldner oder Gläubiger in der Art betheiligt sind, daß Jeder von ihnen die ganze Obligation trägt und hat. Es ist also bei ihr objektiv nur eine Obligation (una obligatio) vorhanden, zu der aber Jeder der Betheiligten in einer solchen subjektiven Beziehung steht, daß er Schuldner oder Gläubiger des Ganzen[2] ist. Man kann daher es auch so ausdrücken: jeder einzelne correus ist, vermöge einer in ihm eingetretenen obligatorischen Thatsache, an der gemeinsamen Einen Obligation betheiligt[3].

Die Korrealobligation ist eine passive, wenn mehrere Schuldner auf diese Weise verpflichtet sind, — eine aktive, wenn von mehreren Gläubigern jeder auf diese Art auf das Ganze berechtigt ist[4].

---

[1] Unsere älteren Civilisten konfundirten diese Klassen; sie glaubten, jede solidarische Obligation sei eine Korrealobligation. Allein dies beruhte auf einer unrichtigen Auffassung der römischen Quellen und der Natur der betreffenden Verhältnisse, wie zuerst nachgewiesen wurde von v. Keller Litiscontestatio und Urtheil (1827) § 49 f. und dann ganz besonders von Ribbentrop Zur Lehre von den Korrealobligationen (1831). Denn bei der Korrealobligation liegt nur Eine Obligation vor, an der aber Mehrere und zwar für das Ganze betheiligt sind (s. unten Nr. I u. III 1); bei der solidarischen Obligation im engern Sinne aber sind so viele Obligationen vorhanden, als es Betheiligte sind.

Seitdem wurde die Lehre auch von Anderen sehr lebhaft bearbeitet und in Einzelnem weiter gefördert, dabei aber auch die Weise, wie Keller und Ribbentrop das Wesen jener Obligationen bestimmten, vielfach angegriffen, namentlich von den bei Arndts l. c. Anm. 5 u. 6 Angeführten (Bekker, Brinz, Kunze, v. Helmolt, Sintenis, Fitting). Allein es gelang ihnen nicht, jene Ansicht zu widerlegen und etwas Begründetes an ihre Stelle zu setzen, und mit Recht ist sie auch jetzt noch die herrschende. Zu vergleichen sind besonders auch für sie: Savigny Obligationenrecht Bd. I (1851) S. 136—204; Bangerow Pand. III § 573; und die sehr gute kritische Übersicht über die verschiedenen Ansichten, von Windscheid in der Münchener kritischen Vierteljahrsschrift Bd. VI (1858) S. 209 f. und Windscheid Pandekten § 293; ferner die tüchtigen Arbeiten von F. Samhaber Zur Lehre von den Korrealobligationen. Erlangen 1861 und Joh. Fr. Dworzack Zur Lehre von den Korrealobligationen. Wien 1863. — Über die solidarischen Obligationen im engern Sinne s. unten § 178. 179.

[2] Natürlich kann dies Ganze auch einen Theil des Schuldbetrags bilden, z. B. bei einer Schuld von 1000 M. kann ich korreale Haftung für 1/4 übernehmen.

[3] In letzterer Hinsicht kann man in der äußerlichen Erscheinung von mehreren Obligationen sprechen. Hieraus erklärt sich die Ausdrucksweise in D. de fidei. 46, 1 l. 5 verbis: duae obligationes. Arndts § 213 Note k und Anm. 5. Bangerow Pand. III § 573 Anm. 1 Nr. I.

[4] Ribbentrop l. c. S. 23 f., 84 f.; Windscheid l. c.; Bangerow l. c.;

Die Römer bezeichnen das Verhältnis meist durch duo oder plures rei, bisweilen auch durch correi, und zwar die passive (Korrealobligation) durch: duo rei oder correi promittendi, die aktive durch: duo rei credendi oder stipulandi[5].

Der Zweck und das praktische Moment einer solchen Korrealobligation liegt bei der passiven für den Gläubiger in erhöhter Sicherheit und in größerer Bequemlichkeit der Rechtsverfolgung; z. B. A., B. und C. ersuchen mich um ein Darlehen und ich zahle ihnen miteinander 900 M. als Darlehen aus. Wird weiter Nichts verabredet, so liegt hier eine obligatio pro rata vor, d. h. ich habe 3 selbständige Darlehnsobligationen kontrahirt; Jeder ist mir 300 M. schuldig. Zahlen sie nicht, so muß ich 3 Processe führen, gegen Jeden einen besonderen; was in dem einen Proceß erkannt wird, gilt nicht für den andern. Wird der Eine insolvent, so falle ich mit den 300 M. durch, die er mir schuldet, ich kann sie von den Anderen nicht fordern[6]. Jener Unbequemlichkeit und dieser Gefahr kann ich dadurch vorbeugen, daß ich das Darlehen nur mit der Bestimmung ihnen zu geben erkläre, es solle sich Jeder für das Ganze als correus verpflichten. Gehen sie dies ein, so besteht nun bloß Eine Obligation auf 900 M.; Jeder von ihnen steht in dieser Einen Obligation, schuldet mir also 900 M.; ich kann sie fordern von welchem ich will; wird der Eine insolvent, so gefährdet dies mich nicht, denn ich kann von Jedem der Übrigen die 900 M. verlangen. Aber natürlich, wenn der Eine das Ganze bezahlt oder wenn auf andere Weise die una obligatio erlischt, so werden nun Alle frei.

Die aktive Korrealobligation hat den Zweck, den Gläubigern größere Freiheit und Selbständigkeit in Verfolgung des ganzen Anspruchs zu geben, also den der Bequemlichkeit für die Gläubiger; sie kommt aber weit seltener vor, weil sie weit weniger von Wichtigkeit ist.

II. Entstehungsgrund einer Korrealobligation. Ein solches exceptionelles Verhältnis kann nur aus besonderen Gründen entstehen (entweder durch den darauf gerichteten Willen der Partieen oder durch gesetzliche Bestimmung); nämlich

---

Arndts l. c. Note k und Anm. 5. I. de duob. reis 3, 16 § 1; D. eod. tit. 45, 2 l. 3 a. E.

[5] Arndts l. c. Anm. 2 und I. l. c. pr. [6] Vgl. oben § 176.

A. durch (einen darauf gerichteten) Vertrag, d. h. wenn verabredet wurde, die Obligation soll eine Korrealobligation sein. Bei den Römern geschah dies in der Regel in Form einer stipulatio, weil bloße pacta in der Regel nicht klagbar waren. Nur wenn ein solches pactum einer obligatio bonae fidei, z. B. einem Kauf, Kommodat, Depositum angehängt wurde (pactum adiectum), dann konnte es mit der Klage aus dem Hauptvertrag auch geltend gemacht werden[7]. Bei uns aber kann durch jede Verabredung ohne alle Form eine klagbare Korrealobligation begründet werden, da bei uns jedes gültige pactum klagbar ist[8]; z. B. eine passive Korrealobligation, wenn Mehrere mit einander eine Schuld kontrahiren und dem Gläubiger ausdrücklich zusagen, als correi oder Jeder für das Ganze, oder Einer für Alle und Alle für einen oder sammt und sonders für die Schuld haften zu wollen[9].

Bei der Begründung einer passiven Korrealobligation durch Vertrag muß man folgende mögliche Fälle unterscheiden:

1) Es kann sein, daß die Obligation schon an sich auf mehrere Schuldner sich bezieht, welche nach der Regel[10] bloß pro rata Schuldner sein würden, sie sich aber ausdrücklich verpflichten, als correi haften zu wollen. Diese Fälle kann man reine oder principale Korrealobligationen nennen. Solche Schuldner können

a. mit einander in einer Societät stehen, z. B. drei Freunde, die ein gemeinsames Geschäft machen wollen, kaufen mit einander mir Waaren für 900 M. ab und versprechen mir dabei, daß Jeder die ganze Kaufsumme von 900 M. schulden wolle.

b. Es kann aber auch sein, daß sie nicht in einer Societät stehen, aber doch schon an sich an der Obligation betheiligt sind, z. B. N. schuldet mir 3000 M., stirbt und hinterläßt drei Erben, welche ihn zu gleichen Quoten beerben. Hier spaltet sich meine Forderung von selbst in drei Obligationen[11]. Jeder ist mir 1000 M. schuldig. Sie wünschen aber, daß ich ihnen noch länger Kredit gebe und ich thue es unter der Bedingung, daß sich Jeder für die ganzen 3000 M., also in solidum verbindlich mache[12].

[7] S. unten § 184 Lit. D und Dig. de duob. reis 45, 2 l. 9. Savigny l. c. 146 f., 153 f.

[8] S. unten § 184.

[9] Arndts l. c. Anm. 4.

[10] Vgl. oben § 176.

[11] S. oben § 176.

[12] Hier soll die una obligatio des Erblassers auch als una obligatio der Erben erhalten werden.

2) Der zweite Haupfall[13] ist, wenn sich die Obligation an sich bloß auf einen oder einige Schuldner bezieht, ein Dritter aber, der nicht bei dieser Schuld betheiligt ist, dem Gläubiger zusagt[14], für die Schuld als correus haften zu wollen, accessorische Korrealobligation. Eine solche kommt meist in der Form der Bürgschaft vor. Bei ihr (der Erklärung, man wolle für die fremde Schuld als Bürge haften) treten aber die Grundsätze der Korrealobligation nicht rein, sondern mit Modifikationen ein[15].

B. Eine principale Korrealobligation kann auch entstehen durch letztwillige Verfügung, z. B. wenn ein Erblasser in seinem Testament bestimmt, daß seine Erben, denen er auferlegt, einem Dritten ein Legat auszuzahlen, diesem Dritten als correi, also Jeder für das ganze Legat haften sollen[16].

C. Eine principale Korrealobligation kann auch entstehen vermöge gesetzlicher Bestimmung[17].

1) Nach unserem heutigen Recht gehören bloß 3 Fälle hierher, nämlich

a. Der Hausvater haftet in gewissen Fällen für die Schulden seines Hauskinds als accessorischer correus und zwar bald für die ganze Schuld, bald bis zu einem gewissen Betrag derselben (durch in rem versio, de peculio)[18].

b. Nach dem Deutschen Handelsgesetzbuch (Art. 112. 113. 269) haften die socii bei der offenen Handelsgesellschaft oder wenn die Vereinigung bloß zu einzelnen Handelsgeschäften eingegangen ist, für alle Verbindlichkeiten aus den Handelsgeschäften als correi.

c. Bei gewissen Genossenschaften haften nach dem deutschen Reichsgesetz die Mitglieder als correi für die Schulden der Genossenschaft[19].

2) Fälle des römischen Rechts, die bei uns unpraktisch sind:

---

[13] Viele unterscheiden diesen Fall nicht gehörig von den anderen Fällen der Korrealobligation.

[14] Zur größeren Sicherheit und Bequemlichkeit des Gläubigers.

[15] Deßhalb ist das Nähere über die accessorische Korrealobligation hier ganz auszuscheiden und besonders zu behandeln, s. unten § 222.

[16] Arndts l. c. Note 6. Bangerow Pand. III S. 74. Windscheid Pand. § 297 Note 4.

[17] Mit Unrecht leugnen Manche ganz, daß es solche Fälle gebe; Andere nehmen zu viele an.

[18] Darüber s. die Lehre von der väterlichen Gewalt.

[19] S. oben § 54 Nr. IV (Th. I S. 243 f.).

a. Nach römiſchem Recht hafteten, wenn ein Beauftragter als Stellvertreter eines Andern mit einem Dritten kontrahirte, für die von ihm übernommene Verbindlichkeit Stellvertreter und Principal als correi[20]. Bei uns aber haftet der Stellvertreter gar nicht, ſondern der Principal allein, indem bloß er als der Kontrahent gilt[21].

b. Nach römiſchem Recht hafteten, wenn Mehrere mit einander einem Andern den Auftrag gaben, für ſie ein Geſchäft mit einem Dritten zu ſchließen, dieſe mehreren Mandanten dem Dritten für die Verbindlichkeiten aus dem Geſchäft als correi (neben dem Stellvertreter), z. B. wenn mehrere socii einem ihrer socii oder einer andern Perſon den Auftrag gaben, mit einem Dritten für die Societät zu kontrahiren: ſo haftete jeder socius in solidum. Dieſes halten Viele auch jetzt noch für geltend, aber mit Unrecht.

Nach römiſchem Recht nämlich war es zunächſt der Stellvertreter, der durch das Geſchäft verpflichtet wurde, nur daß nach dem prätoriſchen Edikt auch der Principal mithaftete[22]. Weil daher der Dritte zunächſt nur mit einer Perſon, dem Stellvertreter, kontrahirte und dieſen verpflichtete, ſoll er, wenn er gegen die Principale, mit denen er nicht kontrahirte, klagen will, nicht gezwungen werden, ſeine Forderung in ſo viele Theile zu zerſplittern, als es Principale ſind; er ſoll vielmehr Jeden auf das Ganze als correus belangen können[23]. — Jener Grund aber fällt bei uns ganz weg. Nach unſerem Gewohnheitsrecht wird der Stellvertreter gar nicht verpflichtet und gilt der Principal als Kontrahent. Wenn daher der Dritte mit einem Stellvertreter kontrahirt, welcher im Namen mehrerer Mandanten handelt, ſo gilt es bei uns ſo, als ob er lediglich mit den mehreren Mandanten unmittelbar kontrahirt hätte[24] und ſo muß es bei uns in dieſem Falle bei der Regel (§ 176) bleiben, d. h. jeder Mandant haftet bloß pro rata[25].

3) Noch behaupten Manche:

a. Wenn Mehrere eine untheilbare Leiſtung ſchulden:

---

[20] S. oben § 83 Lit. A Nr. I 3 (Th. I S. 409 f.).
[21] S. oben § 83 Lit. A Nr. II 2 (Th. I S. 411).
[22] S. oben § 83 Nr. I 1 (Th. I S. 410. 417).
[23] D. de exerc. act. 14, 1 l. 1 § 25, l. 2, 3 l. 4 § 1; de pecul. 15, 1 l. 27 § 8; de instit. act. 14, 3 l. 13 § 2.
[24] S. oben § 83 Lit. A Nr. II 2 (Th. I S. 411).
[25] S. Buchka Stellvertretung S. 244 f. Kübell im Württ. Archiv f. R. Bd. XI S. 6 f. und Bd. XIV.

ſo ſollen ſie als correi haften. Dieſe haften zwar in solidum, aber nicht als eigentliche correi[26].

b. Nach der Behauptung Vieler ſoll, wenn Jemand gegen Mehrere einen Proceß führt und die Beklagten zu Einer Summe verurtheilt werden, dieſe für die Summe als correi haften. Allein dies iſt falſch, ſie haften bloß pro rata[27]. Verurtheilt aber der Richter ſie ausdrücklich zu korrealer Haftung, ſo konnte er es nur deßhalb, weil er davon ausgeht, daß ſie wirklich in einer Korrealobligation ſtehen. Dann wird aber nicht erſt durch das Urtheil eine Korrealobligation erzeugt, ſondern das Urtheil ſpricht bloß aus, daß unter ihnen eine Korrealobligation beſtanden habe und ſie deßhalb als correi haften[28].

III. Rechtsverhältnis bei den Korrealobligationen. Das Rechtsverhältnis bei der paſſiven[29] Korrealobligation, und zwar der principalen[30], geht dahin:

1) Es iſt bei ihr objektiv nur eine Schuld vorhanden[31], zu der aber mehrere Schuldner ſich ſubjektiv ſo verhalten, daß Jeder dieſe eine Obligation ganz trägt. Man hat daher den objektiven Beſtand der Obligation zu unterſcheiden von dem ſubjektiven Verhältnis der einzelnen Schuldner zu ihr. Was auf jenen objektiven Beſtand wirkt, das wirkt gleichmäßig auf alle Schuldner; dagegen können in den ſubjektiven Verhältniſſen des einzelnen Schuldners zur Obligation Verſchiedenheiten ſein, die für den objektiven Beſtand der Obligation und deßhalb für die übrigen Theilnehmer indifferent ſind[32].

2) Jeder Korrealſchuldner iſt das Ganze ſchuldig, der Gläubiger hat alſo freie Wahl, von Welchem er das Ganze verlangen will; er kann aber auch ſeine Forderung theilen, von dem einen (Schuldner)

---

[26] S. unten § 179.

[27] S. unten § 179. — D. de appell. 49, 1 l. 10 § 3; de re iud. 42, 1 l. 43; Cod. si plures una sent. 7, 55 cst. 1. 2.

[28] Vgl. oben § 111 Beil. I Nr. III B 3 (Th. I S. 569). Vgl. Arndts § 213 Anm. 4 a. E. — Selbſt wenn dies nicht der Fall war, iſt dann, vermöge der Rechtskraft des Urtheils, anzunehmen, daß ſie in einer ſolchen Obligation geſtanden ſeien.

[29] Über die aktive Korrealobligation, welche ſelten vorkommt, ſ. Arndts § 213 Note 1 — o. s. t. -

[30] Nr. II Lit. A 1 und Lit. B. C. — Über die bloß acceſſoriſche (II A 2) ſ. § 222.

[31] Arndts l. c. bei Note 1.

[32] So z. B. unten Nr. 5. 9. — Arndts § 214 Anm. Dworzak l. c. S. 44 und die dort S. 5. 6 Angeführten.

einen beliebigen Theil fordern, von dem andern das Übrige, bis er das Ganze hat[33].

3) Zur Zeit des klassischen römischen Rechts aber konnte der Gläubiger dann, wenn er den einen correus aufs Ganze verklagte und es zur litis contestatio kam, von den anderen gar Nichts mehr fordern, auch wenn er von jenem wegen Insolvenz Nichts bekommen konnte; denn durch die litis contestatio wurde die in den Proceß gebrachte Obligation konsumirt, also in ihrem objektiven Bestand aufgehoben und novirt und somit mußten die anderen correi frei werden[34].

Allein nach justinianischem Recht und bei uns gilt diese processualische Konsumtion nicht mehr[35]. Wenn daher der Gläubiger einen correus auf das Ganze belangt, so werden die anderen nicht mehr frei; wird der eine verklagt und verurtheilt, kann aber nicht zahlen, so kann bei uns der Gläubiger immer noch das Ganze von den anderen (oder, wenn er bloß theilweise befriedigt wurde, von den anderen den Rest) fordern[36].

4) Für die Obligation haftet jeder correus auch in so fern ganz, als Jeder auch die Handlungen seiner anderen correi in Betreff der Obligation zu vertreten hat. Wenn ich z. B. bei zwei Freunden, die zusammenwohnen, eine Sache deponire oder sie ihnen leihe und beide versprechen (ausdrücklich) als correi für das Ganze haften zu wollen und der eine schlägt die Sache entzwei, so haftet Jeder für den ganzen Werth[37].

5) Wenn dagegen bloß einer der correi in Verzug kommt, z. B. weil der Gläubiger bloß ihn (zur Zahlung) mahnt, so treffen die nachtheiligen Folgen der mora bloß ihn, nicht auch die anderen, weil die Mahnung bloß seine subjektive Beziehung zur Obligation betraf[38].

6) Das Gleiche (unter Nr. 5 Gesagte) sollte eigentlich auch bei Unterbrechung der Verjährung der Obligation gelten. Allein nach einer Bestimmung Justinians soll die Verjährung, wenn sie

[33] D. de duob. reis 45, 2 l. 3 § 1, l. 11 pr.; D. de leg. I 30 l. 8 § 1. Arndts § 215 Note a u. b.
[34] S. oben § 113 Beil. I Nr. III A (Th. I S. 566 ff.).
[35] S. oben § 113 Beil. l. c. Lit. B. (Th. I S. 568 f.).
[36] S. oben § 96 Beil. I Lit. C (Th. I S. 497).
[37] D. de duob. reis 45, 2 l. 18. Arndts § 250 Anm. 6.
[38] D. de R. I. 50, 17 l. 173 § 2; de usur. 22, 1 l. 32 § 4. Ribbentrop l. c. S. 34 f. — Dworzak S. 12.

während ihres Laufes bloß bei einem correus unterbrochen war, z. B. dadurch, daß dieser einen neuen Schuldschein ausstellt, auch gegen die übrigen für unterbrochen gelten [39].

7) Sehr bestritten ist die Frage [40], ob der correus, den der Gläubiger auf das Ganze belangt, ein *beneficium divisionis* habe, d. h. excipiendo verlangen kann, der Gläubiger solle unter ihn und seine anderen correi, so fern sie zahlungsfähig seien, die Forderung theilen und dann von Jedem bloß einen Kopftheil verlangen. Ein solches beneficium widerspricht ganz der Natur der Korrealobligation. Es könnte daher nur dann angenommen werden, wenn die Gesetze es ausdrücklich einräumen würden. Dies ist aber nicht der Fall. Zwar behaupten Viele, Justinian habe in Novelle 99 ein solches Recht allgemein dem correus eingeräumt; Andere [41] nehmen an, er habe es wenigstens allen *den* correis gegeben, die durch (ausdrücklichen) *Vertrag* sich als correi verpflichteten. Allein die äußerst bestrittene Novelle 99 spricht gar nicht so allgemein, sondern wohl bloß von den unter Nr. II A 1 angeführten Fällen [42] und giebt in diesen den correis zwar ein beneficium divisionis, aber nur ein sehr modificirtes, nämlich folgendes Recht: wenn der Gläubiger einen solchen Korrealschuldner auf das Ganze belangte, so soll der Beklagte excipiendo geltend machen können, daß der Richter die übrigen correi, wenn sie ortsanwesend und zahlungsfähig sind, mit vorlade und dafür sorge, daß nun Alle zusammen den Gläubiger befriedigen [43]. Mit Recht aber schließt das Deutsche Handelsgesetzbuch (Art. 281) bei *Handelsgesellschaftern*, die als correi haften, jedes beneficium divisionis aus [44].

8) *Erlöschung* der Korrealobligation. Jeder Tilgungsgrund, der die Korrealobligation in ihrem *objektiven* Bestande aufhebt, befreit alle correi von der Schuld. Hieraus folgt:

---

[39] Cod. de duob. reis 8, 40 cst. 5.

[40] Von dieser Frage handelt *Arndts* § 215, wirft aber Alles unter einander, auch accessorische, Korreal- und solidarische Obligation im engern Sinne.

[41] So *Arndts* § 215 bei Note e und in d. Anm.

[42] Auch *mehrere Mitbürgen* haben das beneficium divisionis ex edicto Hadriani. *Windscheid* Pand. § 479.

[43] S. *Bangerow* Pand. § 573 (7. Ausg. S. 71 f.); also nicht ein eigentliches beneficium divisionis, sondern eine exceptio plurium consortium.

[44] Mit Recht wird von dem *Sächsischen* Gesetzbuch (§ 1021) ganz allgemein bei allen Korrealobligationen und solidarischen Obligationen dies beneficium verworfen.

a. zahlt der eine correus die ganze Schuld, so werden auch die anderen frei[45].

b. Das Gleiche gilt, wenn der Gläubiger auf eine andere Weise, welche der Zahlung gleich steht, befriedigt wird, also durch datio in solutum oder dadurch, daß ein correus mit dem Gläubiger kompensiren kann und wirklich kompensirt hat; oder dadurch, daß der Gläubiger mit einem correus die Schuld novirt (d. h. eine neue an ihre Stelle setzt) und dadurch die Korrealobligation ganz aufhebt[46]. Ferner muß

c. das Gleiche gelten, wenn der Gläubiger durch Vertrag mit dem Einen correus den Betrag empfangen zu haben erklärt, also bei der römischen acceptilatio[47], bei uns: wenn der Gläubiger einem correus eine Quittung ausstellt[48].

d. Auch müßte diese Wirkung bei einer Korrealschuld eintreten, wenn sonst (abgesehen von Lit. c.) ohne Befriedigung des Gläubigers vermöge einer andern Thatsache die Obligation für nicht existirend anzunehmen sein würde. Dies ist der Fall:

α. wenn der Gläubiger von einem correus Zahlung verlangt, dieser die ganze Korrealobligation leugnet und der Gläubiger im Vergleichswege erklärt, er wolle die Entscheidung abhängig machen von einem Eide des correus über den Bestand der Korrealobligation und dieser die Negative beschwört. Hier werden auch die anderen correi frei[49].

β. Das Gleiche nimmt die Praxis dann an, wenn der eine correus vom Gläubiger auf Zahlung verklagt, aber aus dem Grunde freigesprochen wird, weil überhaupt die Korrealobligation gar nicht besteht. Hier wird auch den anderen correis, wenn der Gläubiger gegen sie klagen will, von den Meisten und auch von der Praxis die exceptio rei iudicatae gegeben[50].

9) Wenn dagegen bei einem correus ein Befreiungsgrund eintritt, der auf den objektiven Bestand der Obligation keine Beziehung hat, sondern bloß die subjektive Betheiligung dieses correus an der Obligation betrifft, so bleiben die anderen correi verpflichtet, eben

[45] I. de duob. reis 3, 16 § 1; D. h. t. 45, 2 l. 3 § 1.
[46] Arndts § 213 Note n. — Savigny Obligationenrecht I S. 163 f.
[47] D. de accept. 46, 3 l. 16. [48] S. unten § 195 Beil.
[49] D. de iureiur. 12, 2 l. 28 § 1—3 l. 42 § 1.
[50] Unter Berufung auf D. l. c. l. 42 § 3.

weil hier die Korrealobligation objektiv noch fortbesteht[51]. Dies ist namentlich der Fall:

a. bei der confusio[52], die bei einem der Korrealschuldner eintritt. Denn diese betrifft (nicht den objektiven Bestand der Obligation überhaupt, sondern) bloß die persönliche Beziehung dieses Schuldners zur Obligation; z. B. A., B. und C. sind mir als correi 1000 M. schuldig; C. stirbt und ich bin sein Erbe; hier erlischt die Theilnahme des C. an der Schuld durch confusio; denn ich kann nicht als sein Erbe an seine Stelle treten, weil ich nicht mein eigner Schuldner sein kann; aber die Korrealschuld selbst erlischt dadurch nicht, sondern persona tantum exemta est, d. h. C. fällt aus, aber A. und B. bleiben mir die Summe schuldig, weil die Obligation selbst nicht objektiv erloschen ist[53].

b. Wenn ein correus gegen die Schuld solche Einreden hat, die sich bloß auf seine Theilnahme an der Korrealschuld beziehen, z. B. A. und B. verpflichten sich, dem C. für eine Schuld als correi, B. aber war durch Betrug des C. dazu verleitet; hier kann B. die Klage des C. durch exceptio doli von sich abwenden, nicht aber kann dies der A.[54] — Ebenso ist es, wenn B. sich bloß bedingt oder betagt als correus verpflichtete. Hier kann B. den Gläubiger, wenn dieser gegen ihn vor Eintritt der Bedingung oder des dies klagt, abweisen[55]. So auch, wenn der Gläubiger dem einen correus die Schuld durch einen bloßen Nachlaßvertrag (pactum de non petendo) erläßt; die anderen haben dann auch nicht die exceptio pacti[56].

10) Noch entsteht die Frage: wenn ein correus dem Gläubiger das Ganze zahlt oder ihn sonst befriedigt, somit auch die anderen frei werden: kann er seinen Regreß gegen die anderen zu ihren Kopftheilen nehmen? Diese Frage hat mit der Natur der Korrealobligation an sich Nichts zu schaffen, denn sie betrifft gar nicht die Verhältnisse des Gläubigers zu den Korrealschuldnern (und der Korrealschuldner als solcher zu einander)[57]. An sich ist sie in der Regel zu verneinen;

---

[51] Arndts § 213 Anm. 7. — Savigny l. c. § 18. 19.
[52] S. oben § 96 Beil. I Lit. C (Th. I S. 497).
[53] D. de fidei. 46, 1 l. 71 pr.
[54] Vgl. Arndts § 271 Note a. Ribbentrop l. c. S. 27.
[55] I. de duob. reis 3, 16 § 2; D. e. t. l. 45, 2 l. 7.
[56] S. unten § 195 Beil.
[57] S. Savigny l. c. S. 227 f. — Die Bejahung der Frage würde an sich der Natur der Korrealobligation nicht widersprechen; aber auch nicht ihre Verneinung. Allein

denn der zahlende correus hat ja nicht die negotia des andern gerirt, sondern lediglich proprium negotium, da er ja das Ganze schuldig war[58]. Es kann daher von einem Regreß nur dann die Rede sein, wenn das Verhältnis der einzelnen Schuldner zu einander ein solches ist, das ihnen nach allgemeinen Grundsätzen eine Verpflichtung zum Ersatz an den Zahlenden auflegt. Dies ist z. B. der Fall, wenn die correi einander Entschädigung zugesagt hatten, oder wenn sie mit einander in einer Societät stehen und die Korrealschuld eine Societätsschuld ist[59], in welchem Falle der Zahlende von seinen sociis nach ihren Societätstheilen Entschädigung verlangen kann[60]. Außerdem gilt noch bei solchen correi, die sonst im gemeinsamen Interesse die Korrealschuld kontrahirten, das Besondere, daß der zahlende correus mit einer actio in factum von den anderen zu ihren Kopftheilen Ersatz verlangen kann[61].

In den Fällen, in welchen der correus einen Regreß gegen die anderen hat, kann er auch vom sog. beneficium cedendarum actionum Gebrauch machen, d. h. er kann vom Gläubiger, der von ihm Zahlung des Ganzen fordert, vor der Zahlung (des Ganzen) verlangen, daß dieser seine Klage aus der Forderung abtritt und dann kann er mit der actio cessa gegen seine correi zu ihren Theilen Regreß nehmen. Auch gehen dann mit der Forderung die für sie etwa bestellten Nebenrechte über, namentlich die Pfandrechte, an die er sich zu seiner Sicherheit halten kann[62]. Nur ist es unrichtig, wenn Manche[63] meinen, daß jeder correus, der den Gläubiger befriedigt, diese Cession verlangen könne, und daß der Regreßberechtigte ohne alle Abtretung mit einer actio utilis aus der Obligation von den anderen Entschädigung verlangen könne[64].

---

aus der Natur der Korrealobligation läßt sich weder das Eine noch das Andere herleiten.

[58] Bangerow Pand. § 573 Anm. 3.

[59] S. oben Nr. II A 1 a. [60] Arndts § 213 Note t.

[61] Dies wenigstens ist wohl der Sinn der cst. 2, Cod. de duob. reis 8, 40; s. Bangerow Pand. III § 573 Anm. 3.

[62] Cod. de locato 4, 65 cst. 13; D. e. t. 19, 2 l. 47.

[63] Savigny Obligationenrecht I S. 234 f., 254 f., 266 f. Arndts § 213 Anm. 9.

[64] S. besonders Bangerow § 573 Anm. 3. Windscheid Pand. § 294. — Natürlich hat der an sich Regreßberechtigte die Klage aus der causa, die ihn zum Regreß berechtigt, z. B. bei einem Versprechen (bei uns) ex pacto.

2. Die solidarische Obligation im engern Sinn.

§ 178.

(Arndts § 214.)

Von der passiven Korrealobligation verschieden sind die Fälle, in welchen von mehreren Schuldnern Jeder aus einer besonderen Obligation, die er gegen den Gläubiger kontrahirte, verpflichtet ist, also mehrere Obligationen vorliegen, aber diese Obligationen auf denselben Endzweck so gehen, daß wenn der Endzweck erreicht, d. h. der Gläubiger wegen des Ganzen aus einer der Obligationen befriedigt ist, alle Schuldner frei werden, der Gläubiger also nur einmal die Leistung verlangen kann. Diese Fälle

I. stimmen darin mit der passiven Korrealobligation überein, daß Das, was der Gläubiger von Jedem zu fordern hat, im Ganzen nur einmal zu zahlen ist, also auch hier von einer Gesammtschuld gesprochen werden kann[1]. Sie sind aber darin von ihr verschieden, daß bei ihnen nicht bloß Eine Obligation vorliegt, sondern von Anfang an so viele Obligationen bestehen, als Schuldner vorhanden sind[2].

II. Die Fälle dieser solidarischen Obligation im engern Sinn sind:

1) Wenn Mehrere in Gemeinschaft dolo oder culpa gegen einen Dritten ein Delikt begehen, so kontrahirt Jeder für sich durch seine That eine besondere Obligation gegen den Verletzten auf Schadenersatz und zwar haftet Jeder für den ganzen Schaden, da er durch Vereinigung mit den Anderen auch ihre Wirksamkeit zur seinigen machte.

Der Verletzte kann daher gegen jeden Thäter nach seiner Wahl in solidum klagen[3].

2) Das Gleiche gilt, wenn Mehrere mit einander für ein fremdes Delikt haften[4].

3) Wenn Mehrere mit einander eine Vormundschaft oder ein öffentliches Amt verwalten und sie sich mit einander dabei dolo

---

[1] Arndts l. c. Note e. f.

[2] Arndts l. c. Note f. und Bangerow Pand. § 573 Anm. 1 Nr. II.

[3] Arndts l. c. Note a u. b. Savigny Obl. Bd. I S. 199 ff. — Ist aber von Einem der ganze Schaden ersetzt, so sind auch die Anderen frei, da ja der Verletzte nun keinen Schaden mehr hat.

[4] S. unten § 216 Beil. Nr. 2.

oder culpa verfehlen, so haftet Jeder wegen seines Verschuldens für den ganzen Schaden, also in solidum[5].

4) Wenn Mehrere mit einander eine untheilbare Leistung schulden[6].

5) In gewissen Fällen gehört hierher auch das constitutum debiti alieni[7].

Ein ganz besonderes Verhältnis für sich bildet das sog. mandatum qualificatum[8].

III. Die Rechtsgrundsätze bei diesen solidarischen Obligationen gehen dahin:

1) Da auch hier jeder Schuldner das Ganze schuldet, aber der Gläubiger das Ganze nur einmal ansprechen kann, so gilt auch hier über die Verbindlichkeit zur Leistung des Ganzen und über die Tilgung der Schuld für Alle, wenn Einer den Gläubiger wegen des Ganzen befriedigt, Alles, was in dieser Hinsicht von der passiven Korrealobligation gilt[9].

2) Dagegen sind diese solidarischen Obligationen im engern Sinn in Folgendem von der passiven Korrealobligation verschieden:

a. Da bei ihnen jeder Schuldner das Ganze nur in Folge einer besonderen (selbständigen) Obligation schuldet, die er gegen den Gläubiger kontrahirte, so gilt bei ihnen das in § 177 Nr. III 4 und 6 Gesagte nicht[10].

b. Es gilt ferner nicht bei den solidarischen Obligationen im engern Sinn das in § 177 Nr. III 8 Lit. d Gesagte. Denn bei ihnen werden nur dann alle Schuldner frei, wenn der Gläubiger auf eine der dort unter a—c bemerkten Weisen entweder wirklich befriedigt wird, z. B. der eine Schuldner ihm das Ganze bezahlt, oder er vertragsmäßig gegen den Einen sich befriedigt erklärt, z. B. durch Ausstellung einer Quittung.

c. Wenn bei ihnen der eine Schuldner den Gläubiger befriedigt, also dadurch auch die anderen befreit, so kann er, wenn er nicht wegen dolus verpflichtet war, von den anderen pro rata Ersatz verlangen[11].

---

[5] Arndts l. c. Note C. [6] S. unten § 179.
[7] S. unten § 222 Lit. B. [8] S. unten § 202 Beil. Nr. 1. 2.
[9] Also das oben in § 177 Nr. III 2 u. 8 (a—c) Ausgeführte. — Auch findet natürlich bei dieser Obligation Das statt, was oben in § 177 Nr. III 5 u. 9 bemerkt wurde.
[10] S. auch unten § 179 a. E. [11] Arndts l. c. Note g.

d. In den Fällen von II 3 hat bei ihnen der vom Gläubiger aufs Ganze Verklagte das beneficium divisionis, falls er nicht dolos gehandelt hatte [12].

e. In den Zeiten des klassischen römischen Rechts war es eine Hauptverschiedenheit zwischen der passiven Korrealobligation und den solidarischen Obligationen im engern Sinn, daß bei den Letzteren das über processualische Konsumtion Gesagte [13] nicht galt, weil bei ihnen jeder Schuldner für sich in einer besonderen Obligation zum Gläubiger steht [14]. Dieser Unterschied aber fiel im späteren römischen Recht mit der processualischen Konsumtion weg, so daß nun gleichmäßig auch bei den Korrealobligationen, also bei beiden Klassen der aufs Ganze gehenden Obligationen das in § 177 Nr. III 3 a. E. Gesagte gilt.

IV. Durch das Letztere war allerdings in einem der wichtigsten Punkte schon im neuesten römischen Recht eine Ausgleichung zwischen beiden Klassen von Obligationen herbeigeführt. Da sie aber auch im Übrigen doch in den meisten praktischen Beziehungen mit einander übereinstimmen (Nr. III 1), so erklärt es sich, daß neuere Gesetzgebungen beide Klassen kombiniren [15].

V. Von den bisher entwickelten Fällen der solidarischen Obligationen ist sehr verschieden der Fall der solidarischen Obligation auf Privatstrafe. Wenn nämlich Mehrere mit einander ein Delikt begehen, auf welchem eine Privatstrafe steht, so kann der Verletzte von Jedem kumulativ die ganze Privatstrafe verlangen, d. h. so, daß wenn der Eine die Strafe gezahlt hat, doch auch Jeder der Anderen auf die volle Strafe belangt werden kann [16].

3. Untheilbare Obligationen.

§ 179.

Sehr bestritten ist die Frage über die Natur des Rechtsverhältnisses, wenn Mehrere mit einander eine Leistung, die sich nicht theilen

[12] Arndts § 215 Note d.
[13] S. oben § 177 Nr. III 3.
[14] D. de his qui effud. 9, 3 l. 3 u. 4; depos. 16, 3 l. 1 § 43; de admin. tut. 26, 7 l. 18 § 1.
[15] Unter dem Namen „Gesammtschuld", und es lassen solche Gesetze bei dem kombinirten Institut in den meisten Punkten die Rechtsgrundsätze der Korrealobligationen eintreten. So das Sächsische Gesetzbuch.
[16] S. oben § 96 Beil. I Lit. B Nr. 3 (Th. I S. 497).

läßt, ſchulden, z. B. wenn ich mit drei Unternehmern dahin kontrahire, daß ſie mir für einen beſtimmten Preis einen Weg durch mein Grundſtück machen oder mir aus ihren Materialien eine Brücke oder ein Haus bauen oder wenn ich Mehreren mit einander den Auftrag gebe, für mich ein Geſchäft zu beſorgen, oder Mehrere mir eine Servitut an ihrer gemeinſchaftlichen Sache beſtellen ſollen, oder wenn ich Mehreren mit einander eine species[1], z. B. einen Wagen zum Gebrauch leihe und die Sache mir nun zurückgegeben werden ſoll. Der Sinn einer ſolchen Obligation kann doch wohl nur dahin gehen, daß jeder Schuldner für das Ganze zu ſtehen hat, weil es ſich nicht theilen läßt[2]. So lange daher das factum nicht ganz erfüllt iſt, haftet Jeder in ſo fern in solidum, als er ſich von ſeiner Schuld nur dadurch befreien kann, daß er dafür ſorgt, daß das ganze factum geleiſtet wird[3]. Der Gläubiger kann daher, ſo lange nicht das Ganze geleiſtet iſt, gegen Jeden in solidum klagen und der Beklagte muß auf das Ganze verurtheilt werden; alſo nach dem älteren römiſchen Recht in den Werth des Ganzen[4], nach juſtinianiſchem Recht und bei uns in die Leiſtung des ganzen Faktums und wenn er es nicht leiſtet, in den ganzen Betrag des Intereſſes[5].

Hiernach iſt das Verhältnis zwar nicht eine Korrealobligation, aber eine ſolidariſche im engern Sinn und dies iſt namentlich nach gemeinem Recht deßhalb von Bedeutung, weil nun der in § 177 Nr. III 4 angeführte Grundſatz nicht gilt; wenn alſo durch die culpa des einen Schuldners die Leiſtung unmöglich wird, ſo haftet der andere dafür nicht; wenn Mehrere mir mit einander eine species zu reſtituiren haben, z. B. wenn ich ihnen mit einander mein Pferd ge-

[1] Vgl. oben § 62 (Th. I S. 285 f.).

[2] Alſo die Regel oben § 176 hier nicht eintreten kann.

[3] D. depos. 16, 3 l. 22 a. E. Ribbentrop l. c. S. 187. 229 f.

[4] Vgl. oben § 111 Beil. I (Th. I S. 563 f.).

[5] Arndts l. c. Note f. — Zwar behaupten Viele, wenn es zur Zahlung des Werths der Leiſtung komme, dann hafte, weil dieſer Werth theilbar ſei, nicht mehr Jeder in solidum, ſondern (nach der Regel des § 176) nur zu ſeinem Kopftheil. Sie ſtützen dies beſonders auf D. de V. O. 45, 1 l. 72 pr. Allein die l. 72 ſagt Dieſes in der That nicht (vgl. Arndts l. c. Anm. 2 und Ubbelohde Anm. 2 cit.; beſonders auch Windſcheid Pand. § 299 Note 7. 8), und die Stellen bei Arndts der Note f. ſagen klar, Jeder hafte in ſolchen Fällen auch für den Werth in solidum. Dies liegt auch in der Rechtskonſequenz; auch iſt es nicht (wie Bangerow glaubt) gegen den Schuldner gar zu hart; denn in ſolchen Fällen kann der Schuldner, der das Ganze zahlen mußte, ſtets von ſeinen Genoſſen ratenweiſe Schadenerſatz verlangen. D. fam. herc. 10, 2 l. 25 § 10 u. 11, l. 44 § 8; ad l. Falc. 35, 2 l. 80 § 2.

liehen oder vermiethet oder bei ihnen deponirt habe, so haftet mir Jeder in solidum für die Restitution der Sache; hat der Eine sie, so muß er mir sie natürlich ganz herausgeben; hat er sie aus Verschulden nicht, so haftet er mir für den ganzen Schadenersatz und ebenso haftet Jeder für das Ganze, wenn sie *miteinander* eines dolus oder einer culpa sich schuldig gemacht haben. Wenn dagegen bloß der Eine (Miether oder Depositar) ohne Mitschuld des Anderen die Sache beschädigt oder vernichtet oder abhanden kommen läßt, so haftet der Andere nicht für Ersatz; kann er daher beweisen, daß ihn keine Schuld an der Beschädigung treffe[6], so kann der Gläubiger sich bloß an den Beschädiger halten[7]. Dagegen würde Jeder auch für die Handlung des Anderen haften, wenn sie sich verpflichtet hätten als correi, also Einer für Alle zu haften[8].

Viertes Kapitel. Die Wirkungen der Obligationen.

Im Allgemeinen.

§ 180.

(Arndts §§ 217. 218.)

Von juristischer Wirksamkeit einer Obligation kann natürlich nur die Rede sein, wenn und so weit die Obligation *gültig* ist[1]. So weit aber eine Obligation in gültiger Weise besteht, wird durch sie gegen den Schuldner ein Recht auf Leistung begründet und dieses Recht und die ihm entsprechende Verbindlichkeit des Schuldners geht in der Regel auf die beiderseitigen Universalsuccessoren, namentlich auf die *Erben* über.

Die Leistung kann der Gläubiger in der Regel erzwingen durch eine Klage, die aus der Obligation entspringt[2]. In der Regel ist die gültige Obligation eine *klagbare*. Der Gläubiger kann aber auch sein Recht durch eine Einrede oder eine Replik geltend machen, wenn

---

[6] Vgl. oben § 87 Beil. II. Nr. II (Th. I S. 457 f.).
[7] D. depos. 16, 3 l. 10; l. 1 § 43 a. E.
[8] Vgl. oben § 177 Nr. III 4.
[1] Über Obligationen, welche nichtig, nullae, inanes, sind, s. oben § 84 Nr. I. III ff. (Th. I S. 421 ff.)
[2] S. oben §§ 33, 98, 103 (Th. I S. 170, 502, 538).

er gerade in die dazu geeignete Lage kommt. Jedoch kann jene regelmäßige Eigenschaft der Klagbarkeit bei einer Obligation fehlen, die Obligation unklagbar, eine obligatio naturalis sein.

Bei den Obligationen ist gerade das Moment der Klagbarkeit des Rechts von besonderer Wichtigkeit, weil sie auf Leistungen einer Person gehen (also zu ihrer Ausübung immer die Thätigkeit eines Verpflichteten nöthig ist, sie also sehr unvollkommen sind, wenn der Verpflichtete nicht durch eine Klage zu dieser Leistung angehalten werden kann). Deßhalb verstehen die Römer unter obligatio im engeren Sinne in der Regel nur die klagbare Obligation[3]. War die Klagbarkeit schon im römischen ius civile (im formellen Sinne[4]) anerkannt, so hieß sie civilis obligatio; war sie es bloß durch das Edikt der magistratus, so hieß sie honoraria oder speciell praetoria, aedilitia, mitunter auch naturalis im weiteren Sinne, ein Ausdruck aber, der auch für civiles obligationes vorkommt, wenn sie auf der naturalis aequitas beruhen[5]. Das Moment der Klagbarkeit aber ist überhaupt bei einem Recht nicht etwas Wesentliches[6], also auch nicht bei Obligationen (so wichtig es auch ist). Es kann einer an sich gültigen Obligation abgehen, die Obligation kann „unklagbar" und doch gültig und wirksam sein; nur ist sie dann eine sehr unvollkommene. Die Römer sprechen hier von naturaliter tantum debere und bezeichnen eine solche Obligation durch obligatio naturalis im engeren und eigentlichen Sinne, wir durch unklagbare oder Naturalobligationen[7]. — Bei diesen Naturalobligationen kommen folgende Fragen in Betracht.

I. Ihre juristische Bedeutung und Wirksamkeit überhaupt. Die Naturalobligation ist eine gültige Obligation, welcher aber die Eigenschaft der Klagbarkeit fehlt. Hieraus folgt:

1) zahlt der Schuldner die Schuld, so kann er das Gezahlte nicht mit der condictio indebiti zurückfordern, weil er es wirklich schuldig war[8].

---

[3] I. de obl. 3, 13 pr., vgl. D. de V. S. 50, 16 l. 10, 108; de pactis 2, 14 l. 7 § 4.

[4] Vgl. oben § 8 Nr. III (Th. I S. 36).

[5] Arndts § 217 Note d—g. [6] S. oben § 103 (Th. I S. 538).

[7] Die Litteratur s. bei Arndts § 217 Anm. 3; bes. Buchta Institutionen III § 268.

[8] Arndts § 217 Note i. k und Anm. 4.

2) Der Gläubiger kann seine Forderung nicht durch eine Klage geltend machen, wohl aber auf andere Weise, wenn er in die dazu geeignete Lage kommt, z. B. durch Einrede oder Replik, namentlich kann er sie excipiendo oder replicando zur Kompensation benutzen[9].

3) Für die Schuld kann, weil sie eine gültige ist, ein Bürge und ein Pfand ganz gültig bestellt werden; dadurch wird sie dann indirekt agendo verfolgbar, d. h. der Gläubiger kann dann aus dem Bürgschaftsvertrag gegen den Bürgen auf Zahlung klagen oder sein Pfandrecht mit der hypothecaria actio geltend machen und dann durch Verkauf des Pfandes sich bezahlt machen[10].

4) Auch kann die Naturalobligation novirt werden, ferner über sie ein gültiges constitutum[11] geschlossen und dadurch die Obligation klagbar gemacht werden, wenn der Schuldner überhaupt in der Lage ist, solche Geschäfte gültig abzuschließen[12].

II. Die Fälle der Naturalobligationen. Man kann diese nicht aus einem allgemeinen Princip herleiten; denn sie bildeten sich im römischen Recht aus verschiedenen isolirten Gründen[13]. Die Fälle sind folgende:

1) Sklaven konnten sich nicht obligiren, weil sie nicht rechtsfähig waren; auch Hauskinder konnten sich im ältern römischen Recht weder unter sich, wenn sie unter derselben väterlichen Gewalt standen, noch gegen ihren Hausvater obligiren und der Hausvater sich nicht gegen sie, weil ihre aktive Vermögensfähigkeit ganz im Hausvater aufging[14]. Indessen legte doch das römische Recht Obligationen, welche Hauskinder unter sich oder gegen den Hausvater, oder welche Sklaven faktisch kontrahirten, bis auf einen gewissen Grad die Wirkung einer naturalis obligatio bei[15]. Bei den Hauskindern gilt dies aber nach dem neuesten römischen Recht und bei uns nur höchst beschränkt, nämlich nur in Verhältnissen, die das sog. peculium profectitium betreffen[16].

---

[9] Arndts l. c. Note m. Vgl. oben § 102 Beil. I Nr. 2 (Th. I S. 533).
[10] Arndts l. c. Note n und § 350 Note g, § 366 Note b und Anm. 1.
[11] Vgl. unten § 191 Nr. III.
[12] D. de const. pecun. 13, 5 l. 1 § 7; de nov. 46, 2 § 1.
[13] Arndts § 217 Anm. 6. [14] Arndts § 429. Vgl. unten § 254.
[15] Näheres s. im Familienrecht, unten § 254.
[16] S. unten § 255.

2) In gewiſſen Fällen kann eine klagbare Obligation das Moment der Klagbarkeit verlieren, ſo daß ſie alſo zwar gültig bleibt, aber unklagbar wird. Dies iſt

a. der Fall bei Geldbarlehen an Hauskinder[17]. Solche ſollen einem Hauskind nicht gegeben werden; aber an ſich ſind ſie doch gültig und klagbar. Allein zur Strafe des Gläubigers kann, wenn dieſer auf Zahlung klagt, durch eine exceptio senatusconsulti Macedoniani das klagbare Moment der Oblgation zerſtört (alſo die Klage abgewieſen) werden, jedoch nur dieſes, ſo daß alſo die Forderung beſtehen bleibt, aber nur als naturalis[18].

b. Im älteren römiſchen Recht gab es noch einige Fälle, in denen eine klagbare Forderung unklagbar werden konnte, aber doch eine gewiſſe Wirkſamkeit behielt[19].

Aus dem Angeführten ergiebt ſich, daß bei uns nur noch ſehr wenige Fälle von Naturalobligationen praktiſch ſind.

III. Unechte Fälle. Freilich meinen viele Civiliſten, es gebe noch andere praktiſche Fälle. Allein dies beruht auf Mißverſtändniſſen. Dieſe angeblichen Fälle ſind nämlich:

1) der Fall des beneficium competentiae[20];

2) die ſog. Klagverjährung[21].

3) Wenn Jemand wegen einer Schuld, die er wirklich klagbar ſchuldig war, verklagt, aber vom Richter mit Unrecht freigeſprochen und das Urtheil rechtskräftig wird, ſo iſt er nun ſo zu behandeln, als ob er wirklich Nichts ſchuldig geweſen ſei. Zwar behaupten Viele, ein ſolcher Freigeſprochener bleibe immer noch Schuldner des Klägers; nur ſei er nun bloß naturaliter obligirt. Dieſe Anſicht ſteht aber im direkteſten Widerſpruch mit Dem, was unſere Quellen über die Bedeutung der Rechtskraft eines Urtheils beſtimmen[22].

---

[17] S. oben § 102 Beil. I Nr. 2 (Th. I S. 533).

[18] Oben § 102 Beil. I Nr. 2. 3 (Th. I S. 533 f.).

[19] Z. B. oben § 114 Nr. VIII (Th. I S. 585) und § 111 Beil. II (Th. I S. 572). Meine Erörterungen III S. 27 f., 32 f. — Vgl. unten § 254 ff.

[20] Daß in dieſem von einer Naturalobligation nicht die Rede ſein kann, darüber ſ. unten § 181.

[21] Daß aber bei dieſer nicht eine Naturalobligation übrig bleibt, darüber ſ. oben § 108 (Th. I S. 551).

[22] S. oben § 111 a. E. (Th. I S. 572). Daß dieſe Anſicht wirklich auch nicht begründet und namentlich proceſſualiſch gar nicht durchführbar iſt, darüber ſ. meine Erörterungen III S. 134; Arndts § 271 Anm. 1 und nun auch Windſcheid Pand. § 129 Note 7.

4) Wenn ein impubes infantia maior ohne Vormund verpflichtende Rechtsgeschäfte eingeht, so soll er nach der Ansicht Vieler durch solche Geschäfte wenigstens naturaliter verpflichtet werden [23]. Allein dies ist nicht richtig; ein solches Rechtsgeschäft ist nichtig, erzeugt gar keine Obligation des impubes; nur ist die Nichtigkeit eine heilbare [24].

5) Es ist unter Anderem eine Eigenschaft der Naturalobligationen, daß der Schuldner, wenn er zahlt, das Bezahlte nicht mehr zurückfordern kann, eben weil er es schuldig war (Nr. I 1). Durch dieses Moment lassen sich Viele verleiten, gewisse Fälle, bei denen auch ein solches solutum non repetere gilt, für Naturalobligationen zu halten, während bei ihnen gar keine Obligation existirt. Es giebt nämlich gewisse sittliche Pflichten, zu deren Erfüllung man rechtlich gar nicht verbunden ist, die also in keiner Weise, weder agendo noch excipiendo, geltend gemacht werden können, bei denen aber, wenn man sie wirklich erfüllt hat, das Gesetz die Zurückforderung des Erfüllten ausschließt. Auch kann es Fälle geben, in denen man gar nicht verpflichtet ist, es aber gemein und unehrenhaft wäre, das freiwillig Gezahlte zurückzuverlangen und deßhalb das Gesetz diese Zurückforderung nicht zuläßt. In all diesen Fällen kann man aber nicht von einer Naturalobligation sprechen. Denn es existirt in ihnen gar keine Obligation, kein Gläubiger, kein Schuldner; und das Zurückforderungsrecht ist hier aus den angeführten besonderen Gründen ausgeschlossen. Diese Fälle sind:

a. Man ist rechtlich nicht verbunden, dürftiger Seitenverwandten oder dürftiger Verschwägerten sich anzunehmen [25]. Gab man aber ihnen freiwillig aus Pietät Unterstützungen, so kann man Nichts davon zurückfordern, außer man hätte erweislich die Leistung mit der Absicht gemacht, seiner Zeit dafür Ersatz anzusprechen [26].

b. Eine Frau ist nicht verbunden, aus ihrem Vermögen ihrem Mann eine dos zu bestellen. Thut sie es aber, so kann sie die Be-

---

[23] So theilweise auch Arndts § 230 Anm.
[24] S. oben § 84 Nr. III (Th. I S. 424) und ebendas. Beil. II (Th. I S. 432).
[25] S. das Familienrecht.
[26] Cod. de neg. gest. 2, 19 cst. 15; D. e. t. 3, 5 l. 34, l. 27 § 1.

ſtellung nicht wieder zurücknehmen, ſollte ſie auch irrig ſich dazu für verpflichtet gehalten haben[27].

c. Ein Hausvater, der wegen der Schulden ſeines Hauskindes mit der actio de peculio belangt wird, braucht ſie nur ſo weit zu zahlen, als das peculium reicht[28]. Zahlt er aber, wenn auch aus Irrthum, mehr, ſo kann er das Mehr nicht zurückfordern[29].

d. Manche Partikularrechte vermehren noch dieſe Fälle mit Recht[30].

Insbeſondere die Erfüllung der Obligation.

§ 181.

(Arndts §§ 219—225.)

Die Erfüllung einer Obligation beſteht in der Leiſtung Deſſen, was man ſchuldig iſt. Wir bezeichnen dieſe Erfüllung durch Zahlung, indem wir den äußern Akt im Auge haben (und wenn es ſich von einer Geldſchuld handelt, wohl durch Zahlung im engern Sinn); die Römer durch solutio, indem ſie die juriſtiſche Wirkung im Auge haben, denn eine Verbindlichkeit wird getilgt ſo weit ſie erfüllt wurde. Der Schuldner wird durch eine gehörige Erfüllung in ſo weit ipso iure liberirt[1].

Zu einer wirkſamen Zahlung aber, die der Gläubiger anzunehmen verbunden iſt und durch welche die Verbindlichkeit des Schuldners getilgt werden kann, wird erfordert, daß gezahlt wurde an die rechte Perſon, von der rechten Perſon, der rechte Gegenſtand zur rechten Zeit und am rechten Ort.

I. Die Perſon, an welche zu zahlen iſt. Auf wirkſame Weiſe kann eine Zahlung nur geſchehen:

---

[27] D. de condict. indeb. 12, 6 l. 32 § 2, in welcher Stelle aber nach den neueren Ausgaben offenbar zu leſen iſt: »mulier« ſtatt »mater«.

[28] S. unten § 254 u. 255.

[29] D. l. c. l. 11.

[30] Namentlich auch das ſächſiſche; nach demſelben kann, z. B. wenn man eine verjährte Schuld oder eine Spielſchuld bezahlt, nicht zurückgefordert werden, obwohl ſolche Schulden keine Gültigkeit haben. — Über Arndts § 218 letzten Abſatz ſ. oben § 69 Beil. I (Th. I S. 331 f.) und § 102 Beil. I Nr. 1—3 (Th. I S. 533 f.) und über Arndts Anm. zu § 218 ſ. oben § 128.

[1] I. quib. mod. toll. 3, 29 pr. Vgl. Arndts § 261.

1) an den (wirklichen) Gläubiger; wenn er aber veräußerungsunfähig ist, an seinen gesetzlichen Vertreter[2];

2) an Denjenigen, den die unter Nr. 1 Genannten zum Empfang der Zahlung beauftragten[3];

3) an den Richter, wenn im Wege der gerichtlichen Exekution zu zahlen ist, oder an Denjenigen, den der Richter für diesen Fall zur Einkassirung der Zahlung ermächtigte;

4) an den solutionis causa adiectus. Es kommt nämlich, besonders zur Bequemlichkeit des Schuldners vor, daß zwischen diesem und dem Gläubiger verabredet wird, er könne statt an den Gläubiger, auch an einen gewissen Dritten, den solutionis causa adiectus, zahlen. Es ist dies eine dem Schuldner eingeräumte Ermächtigung und ein Mandat des Gläubigers an den adiectus, welcher, wenn der Schuldner ihm zahlte, natürlich das Empfangene dem Gläubiger abliefern muß[4]. Es hat hier der Schuldner die Wahl, ob er an den (vertragsmäßig bestimmten) adiectus oder an den Gläubiger zahlen will; der Gläubiger kann ihm diese vertragsmäßig eingeräumte Befugnis nicht einseitig wieder entziehen[5]. — Zahlt aber der Schuldner gar nicht (weder an den adiectus noch an den Gläubiger), so daß der Gläubiger ihn belangen muß (und kommt es zur litis contestatio), so verliert er sein Recht, an den adiectus zu zahlen und kann bloß an den Gläubiger zahlen[6].

5) An Denjenigen, der vom Gläubiger dem Schuldner zur Zahlung angewiesen wird. Diesen Fall darf man nicht mit dem unter Nr. 4 verwechseln. Wenn ich z. B. mein Haus verkaufe, und den Käufer anweise, das Geld an N. zu zahlen, so ist dies ein bloßes Mandat an den Käufer, den Schuldner, das ich willkürlich re integra widerrufen kann[7], das aber der Käufer nicht zu übernehmen braucht, aber natürlich, wenn er es übernommen hat, erfüllen muß[8].

---

[2] D. de solut. 46, 3 l. 49; l. 15; Cod. eod. tit. 8, 43 cst. 12; I. quib. al. lic. 2, 8 § 2.

[3] D. l. c. l. 12 pr., l. 86. 87. Vgl. unten § 202 Beil. Nr. II a. E.

[4] Der adiectus hat kein Forderungsrecht, also auch nicht ein Novationsrecht.

[5] Es kann daher der Schuldner selbst dann an den adiectus zahlen und sich dadurch von seiner Schuld liberiren, wenn der Gläubiger dem adiectus verbieten würde, die Zahlung anzunehmen.

[6] D. h. t. 46, 3 l. 12 § 3; l. 106. — Vgl. Arndts § 261 Anm. 1.

[7] S. unten § 202 Beil. I.

[8] D. l. c. (de solut.) l. 12 § 2; l. 38 § 1, l. 63.

Wenn ich aber dem Käufer vertragsmäßig zusage, er könne an mich oder N. zahlen, so hat er ein selbständiges, von mir nicht mehr widerrufbares Recht, an N. zu zahlen, kann aber nicht gezwungen werden, an *ihn* zu zahlen (s. Nr. 4).

Zahlt der Schuldner an die *unrichtige* Person, so wird er in der Regel *nicht* liberirt (sollte er etwa auch von einem Dritten, der sich fälschlich für den Gläubiger oder dessen Bevollmächtigten ausgab, zur Zahlung inducirt worden sein); er muß eben noch einmal an die rechte Person (Nr. 1—5) zahlen und kann bloß sich an den (unrechten) Empfänger halten und von diesem das Gezahlte mit der condictio indebiti zurückfordern[9]. Durch Zahlung an einen Unrechten wird er nur dann liberirt, wenn der *Gläubiger* (oder falls er veräußerungsunfähig ist, sein gesetzlicher Vertreter, also die unter Nr. 1 Genannten) später die Zahlung ratihabirten oder das Gezahlte als Zahlung der Schuld vollständig in ihre Hände kam oder wenn und so weit[10] in der Zahlung eine gültige negotiorum gestio für den Gläubiger lag[11].

II. *Wer* kann gültig zahlen? Viele Obligationen sind ihrer Natur nach lediglich auf die *Persönlichkeit* des Schuldners berechnet, wie z. B. die Dienste eines Dienstboten, Sekretärs, Lehrers, Arbeiters u. s. w. Bei diesen kann nur der Schuldner selbst gültig zahlen (der Gläubiger hat nur von ihm die Zahlung anzunehmen)[12]. Ist aber die Individualität des Leistenden für die Leistung indifferent, was die Regel bildet, z. B. bei Geldschulden, so kann der Schuldner nicht nur durch einen Bevollmächtigten gültig zahlen[13], sondern es kann jeder Dritte (selbst wenn ihn der Schuldner gar nicht beauftragt hat) sogar wider Wissen und Willen des Schuldners für ihn zahlen und ihn dadurch liberiren[14]. Aber natürlich kann ein solcher Dritter für Das, was er zahlte, vom Schuldner nur dann Ersatz verlangen und zwar a. mit der actio mandati, wenn der Schuldner ihm Auftrag zur Zahlung gab, oder b. mit der actio negotiorum gestorum, wenn in der Zahlung eine gültige negotiorum gestio[15] für den

[9] Cod. h. t. 8, 43 cst. 12. [10] S. unten § 203 Beil. I.

[11] Z. B. Zahlung an den Gläubiger des Gläubigers. D. h. t. l. 12 § 4 l. 13 l. 49 l. 58. Arndts § 263 Note b—e.

[12] Arndts § 219 Note c. — D. h. t. 46, 3 l. 31.

[13] Vgl. oben § 83 Beil. I Nr. VI (Th. I S. 418).

[14] D. h. t. 46, 3 l. 40, l. 53; de neg. gest. 3, 5 l. 43, l. 39; I. quib. mod. toll. obl. 3, 29 pr.

[15] Nach unten § 203 Beil. I.

Schuldner lag, oder c. mit der Klage des Gläubigers aus der Obligation, wenn ihm der Gläubiger vor der Zahlung seine Forderung gegen den Schuldner (freiwillig) abgetreten hat. Zahlte er aber wider Willen des Schuldners: so kann er nur im Falle von Lit. c. gegen den Schuldner klagen, nicht aber mit der actio negotiorum gestorum [16].

III. Was ist zu zahlen [17]? Es liegt in der Natur der Sache, daß ein Schuldner, wenn er gültig zahlen will, und so, daß der Gläubiger die Zahlung annehmen muß, — gerade das schuldige Objekt zahlen muß. Deßhalb kann der Schuldner

1) durch Zahlung von etwas Anderem nicht frei werden, außer bei einer facultas alternativa [18]; oder wenn der Gläubiger die andere Leistung freiwillig an Zahlungsstatt annimmt, z. B. einwilligt, daß ihm statt des schuldigen Geldes andere Sachen gegeben werden (datio in solutum) [19]. Eine solche datio in solutum wirkt ganz als gültige Zahlung, beruht aber in der Regel auf einer Übereinkunft zwischen Gläubiger und Schuldner, und ist im Übrigen nach der Natur der in ihr enthaltenen Vereinbarung zu beurtheilen, z. B. nach Kaufsgrundsätzen, wenn für eine Geldforderung eine Sache gezahlt wird [20].

2) Er muß, die schuldige Leistung, wenn nichts Anderes verabredet ist, ganz leisten, kann also dem Gläubiger nicht eine Stückzahlung (sog. solutio particularis) aufdringen, außer wenn noch ein Theil der Schuld bestritten ist [21].

IV. Zeit der Zahlung [22]. Der Gläubiger kann in der Regel, sobald die Obligation entstanden ist, Erfüllung der Obligation, also Zahlung verlangen. Die Schuld ist fällig oder verfallen (dies venit) [23].

Es kann aber ausnahmsweise der Fall sein, daß auch nach der Entstehung der Obligation die Erfüllungspflicht noch nicht eintritt, noch hinausgeschoben ist, die Schuld zwar entstanden, aber noch nicht fällig ist (dies nondum venit). Dies ist der Fall, wenn (durch

---

[16] S. unten § 203 Beil. I Nr. 1 4. [17] Arndts § 219.
[18] Vgl. oben § 169 a. E. [19] Arndts § 222.
[20] Arndts § 222 Note c—e. Römer Die Leistung an Zahlungsstatt (1865), Bangerow Band. 7. Ausg. III S. 168 f.
[21] Arndts § 219 Note a. Über Geldzahlungen s. oben § 171.
[22] Arndts § 220.
[23] S. oben § 68 (Th. I S. 310) und Arndts § 220 Note a.

Vertrag, Teſtament oder Geſetz oder richterliche Verfügung) eine Zahlungszeit feſtgeſetzt und dieſe noch nicht eingetreten iſt[24], oder wenn nach der beſonderen Natur der betreffenden Obligation die Zeit der Erfüllung noch vom Eintritt eines beſonderen Umſtandes abhängt[25]. Dabei iſt wohl zu beachten, daß in der Regel eine ſolche Zeit lediglich das Intereſſe des Schuldners zum Zweck hat[26]. Daraus folgt: der Gläubiger darf nicht vor Ablauf der Zeit fordern, der Schuldner aber kann, wenn er will, auch früher zahlen[27]. Natürlich aber kann mitunter auch zum Beſten des Gläubigers ein Termin feſtgeſetzt ſein und dann kann vor Ablauf der Zeit ihm die Zahlung nicht aufgedrungen werden[28].

Bei der Zahlungszeit kann, wenn Quantitäten fungibler Sachen geſchuldet werden, auch noch das interusurium zur Sprache kommen, die Zinſen, die in einer gewiſſen Zeit aus dem Kapital gezogen werden können. Iſt nämlich ein Kapital erſt nach einiger Zeit zu zahlen und dasſelbe unverzinslich oder wenigſtens zu geringeren, als landesüblichen Zinſen zu verzinſen, ſo kann häufig die Frage entſtehen, was das Kapital werth wäre, wenn es gleich jetzt bezahlt würde (alſo der Schuldner vom commodum temporis nicht Gebrauch machte). Dieſe Werthsdifferenz zwiſchen einer erſt ſpäter zu leiſtenden, aber früher geleiſteten Zahlung eines ſolchen Kapitals, alſo was durch eine frühere Zahlung desſelben der Gläubiger an Zinſen gewinnen kann oder dem Schuldner entgeht, iſt das interusurium[29]. Z. B. iſt Jemand eine Geldſumme unverzinslich, aber erſt in 6 Jahren zahlbar, ſchuldig, ſo kann er in dieſer Zwiſchenzeit das ſchuldige Geld benutzen und landesübliche Zinſen (5%) daraus ziehen; würde er es aber ſofort, alſo 6 Jahre vor der Verfallzeit zahlen, ſo entgeht ihm dieſer Vortheil und der Gläubiger bekommt ihn[30]. Zu einer Berechnung dieſes Interuſuriums kommt es namentlich, wenn ein Schuldner ſeine unverzinsliche Schuld vor dem Verfalltermin zu zahlen bereit iſt, falls

---

[24] Arndts § 220 Note c. d.

[25] So im Fall oben § 189 Nr. 1 (Miethgeld). Vgl. Arndts § 220 Note b.

[26] Dici adiectio pro reo est. [27] Arndts § 220 Note f.

[28] D. de ann. leg. 33, 1 l. 15. — Über Verzug des Schuldners ſ. unten § 192.

[29] Das commodum temporis oder repraesentationis; Das, was wir auch Rabatt oder Diskont nennen, die Vortheile der Pränumeration. Vgl. Arndts § 220 Anm. 1.

[30] Eben ſo, nur in etwas geringerem Maße iſt es, wenn die Schuld verzinslich war, aber zu geringeren, als den landesüblichen Zinſen.

der Gläubiger ihm den Abzug des Interusuriums gestattet; ferner bei einer Versteigerung, wenn der eine Steigernde eine Summe Geldes baar bietet, der andere eine höhere Summe, aber so, daß er sie erst später zahlen und bis dahin nicht verzinsen dürfe (und nun die Frage ist, wer mehr geboten hat); ferner bei der quarta Falcidia, z. B. wenn die Frage entsteht, was ein unverzinsliches erst in einigen Jahren zahlbares Vermächtnis werth sein würde, wenn es sofort bezahlt wird[31].

Über das interusurium gelten folgende Grundsätze:

1) Eine unverzinsliche Schuld darf der Schuldner zwar in der Regel vor dem Verfalltermin zahlen[32]; aber wenn er es freiwillig thut, braucht sich der Gläubiger den Abzug des Interusuriums nicht gefallen zu lassen; denn dies wäre eine Stückzahlung[33], da der Gläubiger, um keinen Schaden zu leiden, das Empfangene sofort auf landesübliche Zinsen ausleihen müßte und den vollen Betrag erst allmählich am Verfalltermin in die Hand bekommen würde. Das interusurium kann daher der Schuldner nur abziehen, wenn der Gläubiger sich damit einverstanden erklärt; und außerdem giebt es noch einige Fälle, in welchen der Gläubiger ausnahmsweise vor dem Verfalltermin Zahlung verlangen darf, aber sich, wenn er es thut, das interusurium abziehen lassen muß, z. B. wenn über den Schuldner Konkurs ausbricht und ein Gläubiger eine unverzinsliche Forderung ex die hat[34].

2) Über die Berechnung des Interusuriums giebt es drei verschiedene Ansichten. Die eine wurde besonders von Carpzov vertheidigt. Diese geht dahin: bei verzinslichen Schulden seien die landesüblichen Zinsen, also 5% jährlich der Vortheil, den durch frühere Zahlung bis zur Verfallzeit der Gläubiger gewinne, der Schuldner verliere; es könne daher der Schuldner so viele Male 5% vom Kapital abziehen, als wie viele Jahre er vor dem Verfalltermin zahle. Allein diese Rechnung ist entschieden falsch; der Gläubiger kann doch jedenfalls ansprechen, daß wenn er das Empfangene sofort auf Zins ausleiht, er sein ganzes Kapital an dem Tag, an welchem es fällig geworden, wieder in Händen habe. Bei dem carpzovischen Abzug aber

---

[31] D. ad leg. Falc. 35, 2 l. 1 § 10; l. 45 pr., l. 66 pr.; quae in fraud. cred. 42, 8 l. 17 § 2.

[32] Arndts § 220 Note f. h.

[33] Vgl. auch D. Handelsgesetzbuch Art. 334 Abs. 2.

[34] Vgl. Arndts § 220 Anm. a. E.

ist dies unmöglich (wenn er auch sofort das Empfangene auf landesübliche Zinsen ausleiht), z. B. schulde ich dem N. unverzinslich ein Vermächtnis von 200 M., zahlbar in 10 Jahren und er bittet mich, ihm das Geld sofort mit Abzug des Interusuriums zu zahlen, so hätte ich nach Carpzov ihm bloß 100 M. zu zahlen; allein wenn N. nun auch sofort diese 100 M. zu 5% ausleiht, so tragen sie ihm in 10 Jahren 50 M. Zinsen, und so hat er nach Ablauf der 10 Jahre statt 200 M. bloß 150 M. Bei noch größeren Fristen führt diese Rechnung vollends gar ins Absurde.

Die andere, besonders von Hoffmann[35] vertheidigte Ansicht geht dahin: man müsse dem Gläubiger gerade so viel zahlen, daß, wenn er das Empfangene sofort auf landesübliche Zinsen ausleiht, er das volle Kapital zu der Zeit in Händen hat, zu der es verfallen wäre. Der Schuldner muß also so viel zahlen, daß die gezahlte Summe mit den daraus bis zum eigentlichen Verfalltag zu ziehenden Zinsen dem Kapital gleich ist; im vorhin angeführten Falle hätte der Schuldner 133⅓ M. zu zahlen; denn diese tragen in 10 Jahren zu 5% an Zinsen 66⅔ M.; der Gläubiger hat also, wenn er das Empfangene sofort zu 5% ausleiht, nach 10 Jahren wieder 200 M. Ferner: wenn ich Jemandem 200 M. unverzinslich in 20 Jahren zahlbar schulde und ich ihm jetzt sofort mit Abzug des Interusuriums zahlen soll, so zahle ich ihm 100 M.; denn aus diesen 100 M. kann er (wenn er sie sofort zu 5% ausleiht, in 20 Jahren wieder 100 M. ziehen, hat also nach 20 Jahren das Kapital voll in Händen. Das Princip, auf welchem diese Rechnungsart beruht, ist entschieden das richtige. Nur entsteht bei ihr ein Zweifel. Der Gläubiger könnte jedes Jahr die Zinsen, die er durch Ausleihen des ihm Vorausbezahlten zieht, an andere Personen wieder als besonderes Kapital auf Zinsen ausleihen und so auch aus ihnen noch (bis zum Verfalltermin des Kapitals) Zinsen ziehen. Deßhalb wird von Leibnitz[36] und nach ihm auch von manchen Neueren behauptet[37], man müsse auch diesen Vortheil (den der Gläubiger durch die frühere Zahlung bekomme) in Berechnung nehmen. Der Schuldner habe daher nur so viel zu zahlen, daß das Gezahlte mit den bis zum Verfalltermin daraus ziehbaren Zinsen

---

[35] S. Arndts § 220 Anm. 3.
[36] Arndts Anm. 3 cit.
[37] Auch von Arndts l. c.

und Zinseszinsen dem Betrag des schuldigen Kapitals gleich ist[38]. Diese Rechnung ist allerdings mathematisch die genaueste, allein juristisch durchaus zu verwerfen; denn nach ihr müßte der Gläubiger, wenn er keinen Schaden haben sollte, jedes Jahr die Zinsen, die er aus dem Empfangenen ziehen kann, sofort an Dritte zu 5% ausleihen; allein dazu findet er selten sichere Gelegenheit; auch setzt dies voraus, daß seine Schuldner ihm jedes Jahr die Zinsen pünktlich zahlen[39]. — Man muß also in allen Rechtsverhältnissen die Hoffmann'sche Rechnung anwenden[40].

V. Ort der Zahlung. Der Schuldner muß am rechten Ort zahlen[41].

VI. Modifikationen der Zahlungspflicht[42].

A. Beneficium competentiae (Rechtswohlthat des Nothbedarfs)[43].

1) Im älteren römischen Recht hatte ein Schuldner in gewissen Fällen, wenn er die Schuld nicht ganz zu zahlen im Stande war, das besondere Recht, zu verlangen, daß er nicht in mehr verurtheilt werde, als in id, quod facere potest, d. h. als sein Vermögen reicht. Die Bedeutung dieses beneficium lag darin, daß wenn der Schuldner bloß in so viel an der Schuld verurtheilt wurde, als sein Vermögen reicht, er für den Rest liberirt wurde, also er, wenn er wieder zu Vermögen kam, den Rest nicht nachzuzahlen hatte.

2) Allmählich wurde dieses beneficium noch dahin erweitert, daß der Schuldner das Recht bekam, bei der Exekution sogar von Dem, was er noch zahlen konnte, vorläufig einen Abzug zu machen,

---

[38] Es hätte daher im zuletzt angeführten Beispiele der Schuldner nicht 100 M., sondern bloß einige Pfennige über 75 M. zu zahlen; denn aus diesen kann man in 20 Jahren an Zins und Zinseszinsen den Betrag von 200 M. voll haben.

[39] Denn kommt der Schuldner in Verzug, so kann der Gläubiger von ihm (nach gemeinem Recht) keine Zinsen aus den rückständigen Zinsen verlangen — wegen des Verbots des Anatocismus —, wer aber entschädigt dann den Gläubiger für diese Zinseszinsen, die ihm als interusurium abgezogen werden? — Überhaupt wäre ein solches Ausleihen der kleinen Zinsbeträge eine solche Last und Knauserei, daß man sie Niemandem zumuthen kann.

[40] S. bes. Schrader Civilist. Abhandlungen (1816) S. 147—160 und ganz nach ihm Bangerow Pand. III § 587. — Mit Recht schreibt deßhalb auch das Sächsische B. G. B. (§ 720) die Hoffmann'sche Rechnung vor.

[41] S. Arndts § 221. Vgl. meine Erörterungen II § 122 f. Note 119.

[42] Arndts §§ 222—224. Über § 222 s. oben Nr. III. Über den Inhalt der §§ 223 u. 224 gehört das Nähere in den Konkursproceß. Hier ist nur noch das beneficium competentiae und das Retentionsrecht zu erörtern.

[43] Arndts § 225. — Windscheid Pand. § 267.

nämlich so viel, als er nöthig hatte ne egeat, d. h. als zu seiner und seiner Familie Subsistenz nöthig ist[44].

3) Die unter Nr. 1 angeführte Bedeutung des beneficium verlor sich mit der Zeit; denn, wenn der Schuldner nur in id quod facere potest verurtheilt wurde, so kam es allmählich auf, daß er versprechen mußte, den Rest nachzuzahlen, wenn er wieder in bessere Umstände kommen werde[45].

4) So lag nun die ganze Bedeutung des beneficium competentiae bloß in dem unter Nr. 2 Angeführten. Diese Bedeutung allein hat es auch bei uns nach der Weise, wie es von unserem Gewohnheitsrechte stets aufgefaßt wurde; d. h. der Schuldner, der das sog. beneficium competentiae hat, wird zwar im Urtheil der ganzen Schuld für schuldig erklärt, kann aber, falls er sich durch Zahlung des Ganzen von allen Subsistenzmitteln entblößen würde, bei der Exekution vorläufig so viel abziehen und zurückbehalten, als zu seinem und seiner Familie standesmäßigen Unterhalte gehört. — Dieses beneficium

a. giebt also bloß eine Einrede bei der Exekution, durch die von dem zu Zahlenden der Abzug der Kompetenz verlangt werden kann, und zwar bloß eine dilatorische. Denn, wenn der Schuldner später wieder in bessere Umstände kommt, so daß er nun das Abgezogene entbehren kann, so kann der Gläubiger es nachfordern[46]. Es ist daher unrichtig, wenn Viele[47] dies dahin auffassen, daß die Obligation des Schuldners in Beziehung auf das Abgezogene in eine obligatio naturalis verwandelt werde. Denn der Schuldner bleibt das Abgezogene klagbar schuldig; nur wird seine Schuld erst fällig, wenn er wieder in bessere Umstände kommt.

b. Die Einrede der Kompetenz ist nicht zulässig bei Deliktsschulden; ferner nicht, wenn der Schuldner bei der Obligation eines dolus sich schuldig machte[48].

c. Sie ist bloß personae cohaerens, d. h. bloß die privilegirte Person kann von ihr Gebrauch machen; nicht auch ihre Erben oder Bürgen[49].

---

[44] S. die Stellen bei Arndts l. c. Anm. 1.
[45] D. pro socio 17, 2 l. 63 § 4; Cod. de rei ux. act. 5, 13, const. un § 7; sol. matr. 4, 18 cst. 8.
[46] Arndts l. c. Note c. — Cod. solut. matr. 5, 18 cst. 8.
[47] Auch Arndts § 225 bei Note d.
[48] Arndts § 225 Note 1. [49] Arndts l. c. Note b.

d. Ein beneficium competentiae haben

α. gewiſſe Perſonen gegen jeden Gläubiger ohne Rückſicht auf die Art der Forderung[50];

β. gewiſſe Perſonen bloß gegen gewiſſe Gläubiger wegen ihres Familienverhältniſſes zu denſelben[51].

γ. Endlich findet es bei gewiſſen Forderungen ſtatt wegen der Natur der Forderung[52].

e. Manche wollen das beneficium noch erweitern; ſie behaupten: wer zu ſeinem Unterhalte von einem Dritten Etwas bekomme, könne von ſeinen Gläubigern verlangen, daß ſie es ihm laſſen, weil er es lediglich zum Unterhalte bekommen habe, nicht zum Schuldenzahlen; er habe hier ein beneficium competentiae ex persona tertii, d. h. weil er dem dritten Geber verpflichtet ſei, das Empfangene in deſſen Sinne zu verwenden. Allein dies würde eine ganz unzuläſſige exceptio de iure tertii ſein. Wer Etwas von einem Dritten zu gewiſſen Zwecken bekam, iſt zwar dem Dritten verpflichtet, es dafür zu verwenden; aber damit kann er ſich nicht gegen ſeine anderen Gläubiger ſchützen; vielmehr können dieſe Exekution in Alles verlangen, was zu ſeinem Vermögen gehört[53].

B. Das Retentionsrecht[54]. In manchen Fällen iſt man befugt, Demjenigen, welchem wir eine Leiſtung zu machen haben, ſie ſo lange vorzuenthalten, bis er uns wegen einer Forderung, die wir an ihn haben, befriedigt. Dieſes Retentionsrecht macht man mit einer dilatoriſchen Einrede geltend, einer ſog. exceptio doli generalis[55]

---

[50] Arndts l. c. Anm. 4.

[51] Arndts l. c. Anm. 2 a—c, nicht aber die daſelbſt unter d. angeführten Geſchwiſter.

[52] Arndts l. c. Anm. 3.

[53] Arndts l. c. Anm. 5 und die dort Angeführten. — Nur machen hier die meiſten Partikularrechte Ausnahmen bei den Gehalten und Suſtentationen, die der Staat ſeinen Beamten giebt, indem ſie beſtimmen, daß die Gläubiger der Beamten nur eine Quote davon in Anſpruch nehmen können. Auch ſollte noch weiter gegangen und namentlich den Arbeitern in Fabriken und den Taglöhnern u. dergl. das Recht gegeben werden, daß ihre Gläubiger nur einen Theil ihres Lohnes anſprechen können, wie dies in der neueſten Zeit einzelne Partikularrechte und auch ein deutſches Reichsgeſetz einführte.

[54] Arndts § 102 a. E. Die neueren Schriften über das Retentionsrecht ſ. daſelbſt Anm. 3. Allein die dort angeführte Schrift von Schenk nimmt in manchen Fällen viel zu raſch ohne Kritik ein unbegründetes Retentionsrecht an, während die Schrift von Großkopf das geſetzliche Retentionsrecht in einer ganz unbegründeten Weiſe viel zu ſehr beſchränkt. Das Beſte iſt Goldſchmidt Handbuch des Handelsrechts. Bd. I Abth. II (1868) S. 962—996.

[55] S. oben § 102 a. E. (Th. I S. 533).

oder exceptio retentionis. Dies Recht ist eigentlich ein indirektes Zwangsmittel gegen den Kläger, indem die Unannehmlichkeit, den Gegenstand seines Rechts vorläufig missen zu müssen, ihn dazu treiben wird, die Forderung, die der Beklagte an ihn hat, zu bezahlen. Auch liegt eine gewisse Sicherheit darin, wenn man Dem, von welchem wir zu fordern haben, Das, was er von uns anzusprechen hat, so lange retiniren kann, bis er uns bezahlt. Ein solches Retentionsrecht findet

1, jedenfalls dann statt, wenn und so weit die Parteien es verabredeten, sog. ius retentionis voluntarium. Es findet aber

2. schon an sich vermöge Gesetzes in gewissen Fällen statt, sog. ius retentionis legale, nämlich zu Gunsten des für seine Pfandforderung befriedigten Pfandgläubigers, welcher noch eine andere Forderung an den Verpfänder hat[56]; ferner ganz allgemein wegen einer konnexen Forderung, d. h. einer solchen, die mit dem herauszugebenden Gegenstand in unmittelbarer Beziehung steht. Dies ist der Fall

a. wenn man auf eine herauszugebende Sache solchen Aufwand gemacht hat, den man vom Kläger ersetzt verlangen kann[57]. — Eine Ausnahme macht nur das depositum; denn der Depositar darf kein Retentionsrecht ausüben[58], sondern muß die Sache auf Verlangen des Deponenten stets sofort herausgeben, sollte er auch auf die Sache nothwendigen Aufwand gemacht haben; er kann diesen bloß mit einer Klage (der actio depositi contraria) ersetzt verlangen.

b. Wenn man durch eine Sache eine Beschädigung erlitt, kann man sie dem Eigenthümer so lange retiniren, bis er uns den Schaden ersetzt[59].

c. Wenn man sonst wegen einer Obligation Etwas zu leisten oder zurückzugeben hat, aber aus derselben Obligation eine fällige Forderung gegen den Gläubiger uns zusteht (z. B. aus einem Kauf)[60].

Das Retentionsrecht giebt nicht das Recht, aus Dem, was man retiniren darf, sich zu befriedigen, sondern nur, es so lange dem

---

[56] Arndts § 377.

[57] Arndts § 168 Note b und D. de doli exc. 44, 4 l. 14 und oben § 143.

[58] Cod. depos. 4, 34 cst. 11.

[59] S. oben § 119 a. E. Nr. III und D. de damn. inf. 39, 2 l. 9 § 1 u. 3; de incend. 47, 9 l. 8.

[60] D. de A. E. V 19, 1 l. 13 § 8; commod. 13, 6 l. 18 § 4; de furt. 47, 2 l. 59.

Berechtigten vorzuenthalten, bis er uns befriedigt hat. Nur der Pfandgläubiger kann die als Pfand gegebene Sache nicht nur retiniren, bis er bezahlt wird, sondern auch, wenn er nicht zur gehörigen Zeit bezahlt ist, durch den Verkauf der Sache sich aus ihr wegen der Pfandforderung befriedigen. Allein Letzteres ist bloß eine Folge seines Pfandrechts; es ist daher schief, wenn Viele sagen, der Pfandgläubiger habe ein ius retentionis qualificatum[61].

Fünftes Kapitel. Das Verhältnis kollidirender Forderungsrechte.

§ 182.

(Arndts §§ 226—228. Windscheid Pand. § 269 ff.)

Wenn verschiedene Personen an denselben Schuldner Forderungen haben und dieser nicht im Stande ist, alle vollständig zu zahlen, so entsteht eine Kollision, ein Widerstreit der mehreren Obligationen[1].

Wenn in einem solchen Falle

A. der Schuldner einem der Berechtigten seine Schuld bereits bezahlt hat: so bleibt es hierbei, sollten auch die anderen persönlichen Gläubiger dem befriedigten Gläubiger (im Konkurs) vorgehen. Dies erklärt sich aus der Natur des persönlichen Rechts, der Obligation[2]. Die obligatio wirkt ja nicht gegen Dritte, sondern bloß gegen den Schuldner und dessen Erben. Zahlt daher der Schuldner seinem Gläubiger: so können andere Gläubiger diesem das Gezahlte nicht abfordern; denn gegen ihn geht ja ihre persönliche Klage nicht, sondern bloß gegen ihren Schuldner.

Nur wenn der Schuldner erst zahlte, nachdem der Konkurs über ihn ausgebrochen ist[3], muß der Gläubiger das Gezahlte wieder

---

[61] Im Gegensatz zu den anderen Fällen (dem ius ret. simplex). — Ein bloßes Retentionsrecht, aber kein Verkaufsrecht hat der Pfandgläubiger in dem oben bei Anm. 56 erwähnten Fall.

[1] Über die Grundsätze, nach welchen bei einem solchen Widerstreit zu entscheiden ist und über die römische actio Pauliana s. Arndts l. c. (vgl. unten § 229. Windscheid Pand. § 272 a.

[2] S. oben § 36 (Th. I S. 179 f.).

[3] Vgl. indeß die Reichskonkursordnung vom 10. Febr. 1877 Buch I Titel III.

zurückgeben und sich mit den anderen Gläubigern in den Konkurs einlassen, weil nach ausgebrochenem Konkurs der Schuldner gar kein Verfügungsrecht über sein Vermögen mehr hat.

B. Der Schuldner hat noch *Keinem* der Gläubiger gezahlt und sie kollidiren nun, indem sie von ihm Bezahlung fordern:

a. Hier kann es sein, daß der Schuldner an sich ganz *solvent* ist, aber doch wegen der Beschaffenheit der Forderung nicht Jedem gerade Das, was er schuldig ist, zahlen kann; wenn nämlich die Forderungen auf Dienstleistungen zu gleicher Zeit oder auf Leistung derselben bestimmten Sache (species) gehen[4]. Hier geht Derjenige vor, welcher die Forderung zuerst erwarb und der spätere hat bloß eine Klage auf Ersatz in Geld[5].

b. Wenn der Schuldner wegen *Insolvenz* nicht Alle befriedigen kann, so entscheidet (bei Gläubigern, welche keine Pfandrechte haben, sog. creditores *chirographarii*) nicht das Alter der Forderung, sondern alle Forderungen werden pro rata, so weit das Vermögen reicht (also nach Procenten), vorläufig befriedigt.

Eine bedeutende Ausnahme macht aber das *Privilegium*. Die Gesetze legen nämlich theils gewissen Forderungen ihres Entstehungsgrundes wegen, theils gewissen persönlichen Gläubigern, um sie zu begünstigen (für ihre Forderung) ein Vorzugsrecht bei, vermöge dessen sie *vor* anderen persönlichen Gläubigern aus dem Vermögen des Schuldners befriedigt werden, sog. *privilegium exigendi*[6].

Zeigt es sich nun beim Andrängen der Gläubiger, daß ein Schuldner in einer solchen Lage ist, daß er wegen Mangels an Mitteln nicht alle seine Gläubiger befriedigen kann: so ist ein sog. *concursus creditorum* im engern Sinne vorhanden[7]. — Die materiellen Rechtsgrundsätze, nach denen beim Konkurs zu entscheiden ist, sind folgende.

I. Natürlich können die Gläubiger eines insolventen Schuldners (des sog. Gemeinschuldners, *cridarius*) nur Das zu ihrer Be-

[4] Z. B. A. hat sein Haus dem B. und auch dem C. verkauft, und noch Keinem übergeben.

[5] D. locati 19, 2 l. 26.

[6] *Arndts* § 227 Note d—f.

[7] Über die *formelle* Behandlung der Sache in diesem Fall gehört das Nähere in den *Konkursproceß*.

friedigung anſprechen, was wirklich zu deſſen Vermögen gehört. Wenn daher

1) eine Sache, die ſich zufällig in der Maſſe befindet, einem Dritten zu Eigenthum gehört, ſo braucht ſich dieſer nicht mit dem Gläubiger des Schuldners in einen Streit einzulaſſen; er vindicirt eben ſeine Sache; denn an ihr konnte ja der Schuldner ſeinen Gläubigern kein gültiges Recht einräumen; ebenſo wenn Jemandem an der Sache ſonſt ein dingliches Recht zukommt, z. B. ein Emphyteutrecht, Nießbrauch ꝛc.; dieſer macht mit der dinglichen Klage ſein Recht geltend; denn der Schuldner konnte ihm dieſes Recht nicht verkümmern, und deſſen Gläubiger können es durch ihre perſönlichen Rechte nicht beſchränken. Es ſind dies die ſog. Separatiſten ex iure dominii oder Vindikanten[8]. — Außerdem giebt es

2) aus dem gleichen Grund auch perſönliche Gläubiger, welche ſich in den Konkurs nicht einzulaſſen brauchen.

Wenn nämlich der Schuldner eine beſtimmte Sache durch ein Rechtsgeſchäft in die Hand bekam, das ihn weder zum Behalten der Sache befugt, noch zum Eigenthümer der Sache machen ſollte, z. B. Depoſitum, Kommodat, Miethe: ſo kann der Berechtigte ſie mit der perſönlichen Klage aus dem Geſchäft (actio depositi, commodati etc.) zurückfordern, ohne ſich mit den Gläubigern des Schuldners in Konkurs einzulaſſen, ſollte er auch ſein Eigenthum daran nicht beweiſen können. Denn hier iſt ja ſo viel gewiß, daß die Sache nicht zum Vermögen des Schuldners gehört; und das Gleiche gilt

3) von Demjenigen, welcher mit einer actio in rem scripta eine im Vermögen des Schuldners befindliche Sache fordern kann, weil ja hier ſeine Klage gegen jeden Dritten, alſo auch gegen jeden Gläubiger des Schuldners gehen würde.

II. Gewiſſe Gläubiger des inſolventen Schuldners haben das beſondere Recht, eine Abſonderung eines Theils des Vermögens des Gemeinſchuldners und Ausſcheidung desſelben aus dem Konkurſe zu verlangen, um ſich aus demſelben in einem beſondern Konkurſe abgeſondert zu befriedigen, ſo daß nur Das, was etwa

[8] Über das Recht auf Ausſonderung ſ. nun die Reichskonkursordnung Titel IV; über das Abſonderungsrecht der Pfandgläubiger ſ. ebendaſelbſt Titel V.

nach ihrer Befriedigung noch übrig bleibt, von den anderen Gläubigern angesprochen werden kann. Dieses Recht nennt das römische Recht allein separatio; wir nennen es Separationsrecht im engern und eigentlichen Sinn oder ius separationis ex iure crediti: (auch außerordentliches Absonderungsrecht)[9].

III. Endlich müssen vor allen Konkursgläubigern die creditores dieser Gläubiger, d. h. Diejenigen, welchen die Konkursmasse Etwas schuldig wurde, befriedigt werden, die sog. Massegläubiger[10].

IV. Ist nun so das Vermögen des Gemeinschuldners bereinigt: so wird es unter die Gläubiger vertheilt und zwar nach der gesetzlichen Rangordnung[11].

Sechstes Kapitel. Entstehung der Obligationen.

Übersicht.

§ 183.

(Arndts § 229.)

Die Entstehungsgründe der Obligationen, welche höchst mannigfaltig sind, wurden von den römischen Juristen meist dahin klassificirt: sie seien contractus, delicta und variae causarum figurae[1]. Allein dies war sehr lückenhaft. Denn contractus bedeutet bloß eine gewisse Klasse obligatorischer Verträge[2] und unter variae causarum figurae begriffen die römischen Juristen bloß die 5 Quasi-Kontrakte[3] und die Quasi-Delikte[4]. Außer diesen Fällen aber giebt es noch eine Menge anderer Entstehungsgründe von Obligationen. Man muß daher (wenn man vollständig klassificiren will) folgende Kategorieen machen. Obligationen können begründet werden:

---

[9] S. Reichskonkursordnung §§ 43—45, vgl. §§ 193—208.
[10] Konkursordnung Buch I Titel VII §§ 50—52.
[11] Konkursordnung Buch I Titel VIII, Buch II Titel V.
[1] Arndts l. c. Anm. [2] S. unten § 184.
[3] Arndts § 242. [4] Arndts § 243.

I. durch Rechtsgeschäfte[5]; dahin gehören namentlich Verträge (contractus und pacta), ferner vertragsähnliche Rechtsgeschäfte (die römischen quasi contractus)[6]; in einigen Fällen auch bloße pollicitationes[7]; ferner letztwillige Verfügungen;

II. durch Delikte[8]; ferner durch Quasi-Delikte[9]. Außerdem

III. giebt es noch viele (juristische) Thatsachen, aus denen Obligationen entspringen können, die aber (in die verschiedensten Rechtsverhältnisse eingreifen und) so verschieden sind, daß man sie nicht unter gemeinschaftliche Kategorieen bringen kann[10]. — Natürlich aber kann nicht davon die Rede sein, im Obligationenrecht alle einzelnen Obligationen zu entwickeln; denn viele stehen mit anderen Rechtstheilen in so genauer Verbindung, daß sie von diesen nicht gut getrennt werden. So sind z. B. zu entwickeln die Obligationen auf Alimentation und auf Dotation und die Obligation zwischen Vormund und Mündel im Familienrecht; ferner die Obligationen des Besitzers einer fremden Sache bei den dinglichen Klagen[11]; ferner die Obligationen, welche bei einer communio und bei dem Erwerb durch adiunctio und durch specificatio sich ergeben, in der Lehre vom Eigenthum[12]; die aus dem Erwerb einer Erbschaft entspringenden im Erbrecht u. s. w.

Über einige Entstehungskategorieen der Obligationen läßt sich eine allgemeine Theorie geben, nämlich über die Rechtsgeschäfte überhaupt und über die Verträge insbesondere; ferner über die Delikte. Allein die allgemeinen Grundsätze über Rechtsgeschäfte überhaupt (die natürlich auch bei den obligatorischen Geschäften, namentlich den Verträgen, gelten) mußten schon im allgemeinen Theil ausgeführt werden[13], und ebenso die über die Delikte überhaupt und die daraus entspringenden Obligationen[14]. Es ist daher hier nur noch die allgemeine Theorie über (obligatorische) Verträge zu entwickeln[15].

---

[5] Oben § 73 (Th. I S. 360).
[6] Arndts § 242. [7] Arndts § 241.
[8] Oben § 85 (Th. I S. 440). [9] Arndts §§ 243. 322—339.
[10] Vgl. Arndts §§ 244, 340—348.
[11] S. oben § 143 Nr. V. VI und ebendas. Beil. II.
[12] Oben § 121 Beil.; § 133 Beil. I. III. IV.
[13] S. oben §§ 73—84 (Th. I S. 360—440).
[14] Oben §§ 85—89 (Th. I S. 440—470).
[15] Unten §§ 184—190.

Allgemeine Grundsätze über Verträge.

1. Die obligatorischen Verträge und ihre Klagbarkeit.

§ 184.

(Arndts § 230.)

Obligatorische Verträge[1] im weitern Sinn sind solche, deren Zweck ist, eine Obligation zu begründen, zu modificiren oder aufzuheben. Dabei unterscheidet man noch obligatorische im engern Sinne, die auf Entstehung oder Modifikation einer Obligation gerichtet sind, und liberatorische, welche die Aufhebung einer bestehenden Obligation bezwecken[2]. — Bei den obligatorischen Verträgen im weitern Sinne sind zwei Hauptfragen wohl zu unterscheiden.

a. Die Gültigkeit, die juristische Existenz des Vertrags. Was das römische Recht über die Erfordernisse dieser Gültigkeit festsetzt, sowohl überhaupt, als bei den einzelnen Verträgen, ist gemeinrechtlich noch durchaus praktisch.

b. Die Klagbarkeit des Vertrags. Ein Vertrag kann gültig, aber in seiner juristischen Wirkung dahin beschränkt sein, daß die Obligation aus demselben nicht durch eine Klage geltend gemacht werden kann, also bloß eine naturalis ist[3], sog. unklagbare Verträge. Die Bestimmungen des römischen Rechts über Klagbarkeit der Verträge und was dazu erfordert wird, sind bei uns durchaus unpraktisch[4]. Es ist daher in Beziehung auf die Klagbarkeit der Verträge das römische Recht wohl zu unterscheiden von unserem gemeinen deutschen Recht.

A. Die Römer fanden es mit Recht bedenklich, jeder vertragsmäßigen Zusage ohne Weiteres volle (juristische) Wirksamkeit beizulegen; deßhalb erkannte das ius civile nur gewisse obligatorische Verträge als wirksam und klagbar an, welchen eine causa civilis[5] zu Grunde lag, d. h. ein Moment, das gerade von den Quellen des

---

[1] Über Begriff des Vertrags und seine allgemeine Bedeutung s. oben § 73 (Th. I S. 360). — Was Arndts in § 230 über Rechtsgeschäfte überhaupt und über Handlungsfähigkeit sagt, gehört in den allgemeinen Theil (s. oben §§ 44. 45. 70 Th. I S. 205. 214. 347). Über die Anm. bei Arndts § 230 s. oben § 84 Beil. II Lit. C (Th. I S. 435).

[2] S. unten § 195 Beil.

[3] S. oben § 180.

[4] S. unten Lit. E. F.

[5] Vgl. Savigny Obligationenrecht II 253 f.

Civilrechts[6] mit dieser Wirkung bekleidet ist; war diese causa schon im ältern Civilrecht (d. h. hier bis in Augustus' Zeiten) anerkannt, so hieß dann der Vertrag contractus; jeder andere Vertrag, der nicht in diesem ältern Civilrecht als klagbar anerkannt war, hieß pactum und war nach dem ältern Civilrecht völlig unwirksam.

B. Das prätorische Edikt aber ging davon aus, ein redlicher Mann müsse seine Verträge halten, auch wenn sie nicht unter die contractus fallen: pacta sunt servanda. Allein es ging nicht so weit, den pacta volle juristische Wirksamkeit beizulegen, indem es dadurch gar zu direkt in Widerspruch mit dem Civilrecht gekommen wäre; es versagte ihnen die Klagbarkeit: sie waren pacta nuda. d. h. erzeugten zwar eine an sich gültige Obligation, aber nicht als eine klagbare, sondern bloß eine naturalis; es wurde nicht eine actio ex pacto auf Erfüllung gegeben; wohl aber konnte die obligatio ex pacto durch eine Einrede oder Replik geltend gemacht werden[7].

Wenn daher ein Gläubiger seinem Schuldner die Schuld durch ein pactum nachließ, aber nachher doch seine Forderung einklagte: so konnte der Schuldner die Klage des Gläubigers durch eine exceptio pacti abweisen und perimiren.

Ferner: wenn der eine Theil dem andern eine Sache durch ein bloßes pactum zu leisten versprach und sie wirklich leistete, so würde der Leistende zwar nach dem Civilrecht die geleistete Sache mit einer condictio sine causa zurückfordern können, weil nach ihm das pactum unverbindlich war; aber der Empfänger konnte nach dem Edikte diese Klage mit der exceptio pacti perimiren[8].

Die exceptio pacti fiel aber in gewissen Fällen weg, so daß die Partie, welche geleistet hatte, ihre Leistung trotz dem pactum zurückfordern konnte. Wurde nämlich ein entgeldliches pactum, d. h. auf Leistung und Gegenleistung eingegangen, und die eine Partie leistete, die andere aber nicht: so konnte die erstere nicht durch eine Klage die andere zur Erfüllung zwingen, eben weil das pactum keine Klage auf Erfüllung erzeugte. Allein sie konnte wegen der Wortbrüchigkeit der andern Partie nun das pactum als unverbindlich behandeln und

---

[6] S. oben § 8 Lit. III (Th. I S. 36). [7] S. oben § 180.

[8] D. de pact. 2, 14 l. 7 pr. § 1, 4; Cod. de usur. 4, 32 cst. 3, 4, 14, 22: locat. 4, 65 cst. 27. Meine Doctrina causa data ꝛc. p. 2—11. — Über die Ausnahmen vgl. unten Lit. D.

wegen nicht erfüllter Gegenleiſtung, ob causam non secutam, vom pactum wieder abgehen und ihre Leiſtung zurückfordern mit der condictio sine causa, welche in ſolchen Fällen die beſondere Bezeichnung condictio causa data, causa non secuta oder ob causam datorum hatte[9].

C. Die contractus, d. h. die ſchon nach dem älteren Civilrecht klagbaren Verträge zerfielen in zwei Klaſſen:

1) ſolche, von denen jeder ſeinen beſonderen Kunſtnamen hatte und eine nach dieſem bezeichnete Klage erzeugte. Wir nennen ſie contractus nominati, benannte Kontrakte. Dieſe ſind

a. die stipulatio (der ſog. Verbalkontrakt). Dieſe war ein negotium stricti iuris, das unter Anweſenden durch eine förmliche Frage und Antwort geſchloſſen wurde. Die Römer ſagen hier: verbis contrahitur obligatio; ſie nannten deßhalb hier die obligatio eine verborum obligatio. Die Form war: Derjenige, welcher Gläubiger werden wollte, der stipulator, mußte ſeinen Kontrahenten (welcher Etwas leiſten wollte) mündlich fragen, ob er ſich zu dem und dem verpflichten wollte und der Promittent mußte eine übereinſtimmende bejahende Antwort geben. Durch eine ſolche Stipulation konnte ſtets nur eine einſeitige Verbindlichkeit des Promittenten begründet werden. Sollte daher von beiden Seiten eine Verbindlichkeit durch Stipulation kontrahirt werden, ſo mußte noch eine zweite für ſich beſtehende stipulatio hinzukommen, durch welche Derjenige, welcher bei der erſten Stipulation verſprochen hatte, ſich nun eine Leiſtung verſprechen ließ[10].

Dieſe stipulatio war die Form, deren ſich die Römer bei ihren Verträgen am häufigſten bedienten; ſie hatte den Vortheil, daß man durch ſie jede überhaupt zuläſſige Leiſtung klagbar verſprechen konnte und auch jede andere Obligation in eine klagbare obligatio stricti iuris verwandeln konnte, wenn man das aus ihr zu Leiſtende ſich noch in Stipulationsform verſprechen ließ[11].

b. Die litterarum obligatio, der ſog. Litteralkontrakt

---

[9] D. de condict. indeb. 12, 6 l. 52, l. 65 § 4; de condict. causa data 12, 4 t. t. Meine Doctrina causa data ꝛc. p. 12 ff.

[10] Meine Erörterungen II S. 84 f. Savigny Obligationenrecht II S. 206 f. I. de V. O 3, 15 pr. Gai. Inst. II § 92—94.

[11] Meine Erörterungen II S. 85 f. 109 f. Vgl. auch unten Lit. E.

durch Eintrag in die Rechnungsbücher. Dieser verschwand im spätern römischen Recht ganz [12].

Es gab hiernach im spätern römischen Recht keinen Vertrag, dessen Klagbarkeit von einer Skriptur abhängig war[13]. Allerdings giebt es einige Verträge, zu denen nach dem spätern römischen Recht eine Skriptur erfordert wird[14], und dies gilt auch bei uns gemeinrechtlich. Allein in diesen Fällen bezieht sich die Skriptur nicht auf die Klagbarkeit des Vertrags, sondern ist ein Erfordernis seiner Gültigkeit überhaupt.

c. Obligationes quae re contrahuntur. Es sind dies Verträge, bei welchen Jemand dadurch, daß er Etwas empfing, klagbar verpflichtet wird zur Zurückgabe des Empfangenen. Diese Verträge sind das mutuum, commodatum, depositum, pignus. Bei den 3 letzteren sind die empfangenen konkreten Sachen, also species[15], seiner Zeit zurückzugeben; beim mutuum dagegen sind nicht die konkreten empfangenen Sachen, sondern beliebige Sachen von gleicher Art und Güte und in gleicher Quantität, also tantundem zurückzugeben. In diesen Fällen entsteht die klagbare obligatio auf Zurückgabe lediglich dadurch, daß man den Gegenstand empfangen hatte; sie entsteht aber nur so weit, als man wirklich empfing; deßhalb sagen die Römer: re contrahitur obligatio, d. h. durch die empfangene Leistung allein wird hier die klagbare obligatio begründet und ihr Umfang bestimmt[16]. Wir nennen daher diese Verträge Realkontrakte, auch im Gegensatz zu den unter Nr. 2 anzuführenden: benannte Realkontrakte.

d. Obligationes quae solo consensu contrahuntur. sog. Konsensualkontrakte. Die Anforderungen des Verkehrs führten allmählich (schon in den Zeiten der Republik) dahin, manchen Verträgen schon dann Klagbarkeit beizulegen, sobald nur bei ihnen das zum Wesen eines jeden Vertrages Gehörige beobachtet wurde, also die Übereinstimmung der Partieen, der nöthige consensus vorhanden und auf

---

[12] Das Nähere gehört daher in die Rechtsgeschichte. Meine Erörterungen II S. 86 f.

[13] Denn, was Justinian in I. de litt. obl. 3, 22 § un. anführt, bezieht sich auf etwas ganz Anderes (ist gar kein Vertrag), s. unten § 297. Savigny Oblig. Recht II S. 208 f.

[14] S. oben § 164 und Arndts § 362.

[15] Vgl. oben § 62 (Th. I S. 285 f.).

[16] I. quib. mod. re 3, 4, t. l.

irgend eine Weiſe ausgeſprochen iſt, ohne zu der Erklärung dieſer Übereinſtimmung eine beſondere Form zu verlangen. Auf dieſe Weiſe waren ſchon nach dem ältern Civilrechte ohne beſondere Form klagbar die emtio venditio, locatio conductio, societas und das mandatum [17].

e. Dieſe benannten contractus (a—d) ſind vollkommen verbindliche und klagbare Verträge, ſo daß der Gläubiger den Schuldner durch eine Klage aus dem Vertrag zur Erfüllung zwingen konnte und — abgeſehen vom Mandat und der Societät — keine Partie einſeitig vom Vertrag abgehen durfte. Wenn daher z. B. beim Kauf oder bei der Miethe die eine Partie geleiſtet hat, die andere aber nicht leiſtet, ſo kann die erſtere nicht vom Vertrag abgehen und ihre Leiſtung zurückfordern, ſondern ſie kann nur mit der actio ex contractu die andere zur Zahlung ihrer Leiſtung zwingen und bei mora derſelben noch Erſatz ihres Intereſſes wegen verſpäteter Erfüllung verlangen. Vom Vertrag abgehen kann bei dieſen Verträgen eine Partie bloß dann, wenn ſie beweiſen kann, daß der Vertrag weſentlich in Rückſicht auf Erfüllung zu einer beſtimmten Zeit geſchloſſen ward und die andere Partie dieſe Zeit nicht einhielt, oder daß der Vertrag für ſie durch den Verzug des Gegners ſein weſentliches Intereſſe verloren hat [18]. — Nur beim Mandat und der societas findet einſeitiges Kündigungsrecht ſtatt, aber bei dieſen liegt dies ſchon in ihrer materiellen Natur [19].

2) Die ſog. Innominatkontrakte (unbenannten Kontrakte). Wenn Jemand einen Vertrag ſchloß, der nicht unter eine der unter Nr. 1 angeführten Kategorieen fiel, ſei es einen entgeltlichen (oneroſen), d. h. auf Leiſtung und Gegenleiſtung, wie z. B. Tauſch [20] oder auf Leiſtung einer Sache und Zurückgabe derſelben unter gewiſſen Umſtänden [21]; der Vertrag alſo auf ein do ut des ging, oder auf facio ut facias oder auf do ut facias oder facio ut des: ſo war er an ſich ein pactum, alſo nach dem Civilrecht wirkungslos, nach dem prätoriſchen Edikt zwar gültig, aber er erzeugte keine Klage auf Erfüllung,

---

[17] Über den Emphyteutkontrakt ſ. oben § 164.

[18] Cod. de contrah. emt. 4, 38 cst. 8, 9, 12; de rescind. vendit. 4, 44 cst. 13; quando liceat ab emt. 4, 45 cst. 2. Meine Doctrina causa data ꝛc. S. 110 f.

[19] S. unten § 202 Beil. I Nr. II a. E. und Nr. III. Vgl. Arndts § 319.

[20] Vgl. unten § 185 Beil. Nr. II Lit. A.

[21] Z. B. precarium, ſ. unten § 198 Beil. Nr. III.

sondern bloß eine Einrede, und wenn der eine Theil geleistet hatte, der andere aber nicht leistet, das unter Lit. B. angeführte Rückforderungsrecht. Allein allmählich ging man gegen das Ende der Republik einen Schritt weiter. Es bildete sich durch Gewohnheitsrecht in dieser Zeit, also durch das alte ius civile bei jenen Verträgen der Grundsatz, daß Derjenige, welcher seine Verbindlichkeit erfüllt hat, den Gegner durch eine Klage aus dem Vertrag zur Erfüllung Dessen, was derselbe zu leisten hat, zwingen konnte, so daß also für Den, der geleistet hat, durch seine Leistung der Vertrag in einen (klagbaren) contractus überging[22]. — Es galt daher bei diesen Verträgen Folgendes:

a. an sich waren sie pacta nuda, galt also bei ihnen das unter Lit. B. Angeführte;

b. dadurch aber, daß eine Partie leistete, gingen sie für diese in einen klagbaren Vertrag, contractus, über; sie konnte nun gegen den Gegner aus dem Vertrag eine actio ad implendum anstellen und ihn zur Erfüllung zwingen. Diese Klage hatte aber nicht nach den einzelnen hierher gehörigen Verträgen eine besondere Benennung. Man nannte sie bei allen (diesen Verträgen) nach einer gemeinsamen Klagformel; praescriptis verbis actio[23]. Denn die einzelnen hierher gehörigen Verträge hatten keinen Kunstnamen[24], wenn auch einige von ihnen im gemeinen Leben einen herkömmlichen Namen hatten, wie die permutatio, transactio (der contractus aestimatorius)[25]. Wir bezeichnen sie durch contractus innominati, unbenannte Kontrakte; Viele durch: unbenannte Realkontrakte[26]; allein wahre Realkontrakte sind sie nicht, da bei ihnen die Art und die Größe der Verbindlichkeit des Empfängers nicht nach Art und Größe des Empfangenen, sondern nach dem Inhalt des Verabredeten sich bestimmt.

c. Bei diesen Verträgen fanden noch folgende Abweichungen von den benannten contractus statt. Da sie an sich pacta nuda waren (Lit. a.) und nur für die eine Partei, welche geleistet hat, in einen Kontrakt übergingen, so hatte hier diese Partei ein Wahlrecht; sie konnte entweder auf Erfüllung klagen (Lit. b.) oder statt dessen den

---

[22] D. de praescr. act. 19, 5 l. 1 pr. l. 5. Arndts § 235.
[23] S. oben § 100 Nr. II Lit. A Nr. 1 a. E., Lit. C a. E. (Th. I S. 509–512 f.).
[24] Contractus, quorum appellationes iure civili nullae proditae sunt.
[25] D. l. c. l. 3 l. 19, vgl. de aestimatoria 19, 3 l. 1 pr.
[26] So auch Arndts § 232 Anm. 4 Lit. a.

Vertrag als bloßes pactum behandeln und daher (von dem unter Lit. B. angeführten Recht Gebrauch machen, d. h.) vom Vertrag abgehen und das Gegebene mit der condictio causa data causa non secuta zurückfordern; das letztere Recht aber hatte ſie natürlich nur ob causam non secutam, d. h. wenn der Gegner im Verzug war oder durch ſeine Schuld (dolus oder culpa) das Verſprochene nicht leiſten konnte[27].

Dieſes Zurückforderungsrecht (des Geleiſteten) fand alſo nicht ſtatt, wenn dem Gegner kein Unrecht zur Laſt fiel, z. B. wenn er noch gar nicht im Verzug war, oder ein ſpäter eingetretener Zufall ihm ſeine Gegenleiſtung unmöglich machte[28]. Anderer Anſicht ſind aber die Meiſten; ſie behaupten bei dieſen (Innominat-) Kontrakten habe die Partei, welche geleiſtet hatte, nicht bloß ob causam non secutam, ſondern auch ex mera poenitentia (überhaupt willkürlich) vom Vertrag abgehen können; ſie habe ein ganz willkürliches Reu- und Zurückforderungsrecht gehabt, wenn auch dem Gegner noch gar kein Unrecht zur Laſt fiel, er z. B. noch nicht im Verzug war. Darin habe gerade ihre Eigenthümlichkeit beſtanden. Dieſe Anſicht war von der Gloſſe an durchaus herrſchend und ſie iſt es noch, obwohl ſie vor mehr als 60 Jahren mit Grund angegriffen wurde[29]. Allerdings beſtand in einigen Fällen ein ſolches Reurecht[30]. Allein in dieſen Fällen erklärt es ſich daraus, daß es ſich in ihnen von einer Angelegenheit handelt, bei deren Vollziehung eigentlich bloß Der intereſſirt iſt, welcher geleiſtet hatte, und deßhalb wurde das Reurecht eingeräumt, wie es der mandans beim contractus mandati hat. Daß aber allgemein bei allen Innominatkontrakten ein ſolches Reurecht gegolten habe, z. B. beim Tauſch, beim Vergleich, ſagt keine einzige Stelle[31]. Auch ſprechen noch manche andere Gründe entſchieden dagegen[32]. Übrigens iſt jetzt allgemein zugegeben, daß bei uns dieſe Streitfrage unpraktiſch iſt[33].

[27] Cod. de condict. ob caus. dator. 4, 6 cst. 4, 6, 8, 10, 11; D. eod. tit. 12, 4 l. 3 pr. § 1, l. 4, 11; de praescr. verb. act. 19, 5 l. 5 § 1, 2, l. 7.

[28] S. die angeführten Stellen und meine Doctrina de cond. causa data pag. 29 sq. 36—89.

[29] Von Eduard Gans Beiträge zum Oblig. Recht 1819 S. 66 f.

[30] D. de cond. causa data 12, 4 l. 3 § 3, 3; l. 5 pr. § 1, 2.

[31] Alle übrigen Stellen, die vom Zurückforderungsrecht ſprechen, geben es nur ob causam non secutam in dem oben angegebenen Sinne.

[32] Meine Doctrina Vorrede p. IX. Note b. p. 88, 104.

[33] S. unten Lit. E.

D. Die klagbaren pacta. Noch gab es einige klagbare Verträge, die aber von den Römern niemals durch contractus, ſondern bloß durch pacta bezeichnet wurden, weil ſie nicht ſchon vom alten ius civile als klagbar anerkannt waren. Unſere älteren Civiliſten nannten ſie ſonderbarerweiſe pacta vestita; beſſer nennt man ſie klagbare pacta. Dieſe klagbaren pacta ſind folgende:

1) durch das prätoriſche Edikt wurden einige pacta klagbar, namentlich das constitutum, wenn die Schuld fungible Sachen betraf[34]; ferner das receptum eines Schiedsrichters[35]; ferner das pactum de iureiurando[36]. Wir nennen ſie pacta praetoria.

2) Einige pacta wurden durch ſpätere kaiſerliche Konſtitutionen für klagbar erklärt, alſo durch neueres Civilrecht, namentlich das Kompromiß[37]; das Verſprechen einer dos[38]; einige Zins-pacta[39] und durch Juſtinian das pactum donationis[40] und das constitutum, wenn die Schuld auch nicht auf res fungibiles ging[41]. Wir nennen dieſe Verträge pacta legitima.

3) Wenn einem contractus bonae fidei ſofort bei deſſen Abſchluß ein pactum als Nebenvertrag beigefügt wurde: ſo war das pactum adiectum klagbar. Es galt dann als ein Theil des Hauptvertrags; aber auf ſeine Erfüllung konnte nicht mit einer beſonderen Klage, ſondern nur mit der Klage aus dem Hauptvertrag geklagt werden[42].

E. Das gemeine deutſche Recht. Die Beſtimmungen des römiſchen Rechts über die Erforderniſſe der Klagbarkeit eines Vertrags ſind bei uns durchaus unpraktiſch. Denn nach (ſehr altem) deutſchen Gewohnheitsrecht iſt jeder gültige Vertrag[43] auch klagbar, und eben ſo bindend wie ein römiſcher Konſenſualkontrakt. Daher

---

[34] S. unten § 191. [35] Arndts § 270 Anm. 2.
[36] Arndts § 269 a. E. [37] Arndts § 270.
[38] Arndts § 397 Anm. 1. [39] S. oben § 173.
[40] Arndts § 279 und unten § 196 Beil. [41] S. unten § 191.
[42] Wurde aber das pactum nicht ſofort, ſondern erſt ſpäter dem Vertrag beigefügt, ſo war es nicht klagbar, ſondern erzeugte bloß eine obligatio naturalis. Cod. de pactis 2, 3 cst. 13; D. eod. lit. 2, 14 l. 7 § 5; de C. E. 18, 1 l. 72. War das pactum beim Abſchluß eines contractus stricti iuris ſofort beigefügt: ſo erzeugte es bloß eine obligatio naturalis. Nur nahm man allmählich an, daß das einer stipulatio ſofort beigefügte pactum auch mit der Klage aus der stipulatio geltend gemacht werden konnte, indem man durch eine freie Auslegung der stipulatio ſie auch auf das pactum bezog. D. de rebus cred. 12, 1 l. 40. Savigny Syſt. VI 127 f.
[43] S. unten § 185.

wird bei uns zur Klagbarkeit Nichts weiter erfordert, als daß eben der Vertrag gültig abgeschlossen wurde. Hieraus folgt

1) der römische Unterschied zwischen contractus und pacta und zwischen pacta nuda und klagbaren pacta ist bei uns ohne alle praktische Bedeutung, weil bei uns jedes gültige pactum klagbar ist; daraus erklärt sich auch, daß man bei uns häufig jeden Vertrag einen Kontrakt nennt und häufig auch jedes vertragsmäßige Versprechen eine Stipulation.

2) Es fällt daher bei uns das unter Lit. B. über das Rücktrittsrecht von einem pactum nudum Ausgeführte weg, weil wir keine pacta nuda mehr haben. Bei uns ist jeder gültige Vertrag vollkommen bindend, wie ein römischer contractus; kein Theil kann einseitig zurücktreten [44].

3) Hieraus (Nr. 2) ergiebt sich auch, daß bei uns alle Eigenthümlichkeiten der römischen Innominatkontrakte (also die unter C. 2 ausgeführten) wegfallen. Bei solchen Verträgen, z. B. beim Tausch hat bei uns jede Partei schon mit dem Abschluß des Vertrags ein klagbares Recht aus dem Vertrag auf Erfüllung desselben und jede ist (auf die unter C 1. e angeführte Weise) gebunden. Deßhalb kann Derjenige, welcher erfüllt hat, bei uns nicht mehr ob causam non secutam vom Vertrag abgehen und das Geleistete zurückfordern (kondiciren) [45].

Aus dem gleichen Grunde müßte, wenn nach römischem Rechte bei den Innominatkontrakten ein willkürliches Reurecht gegolten hätte, dasselbe bei uns wegfallen [46].

4) Übrigens haben auch wir in so fern noch Realkontrakte, als es sich bei den unter C 1. c angeführten 4 Realkontrakten von der Verbindlichkeit auf Zurückgabe handelt, d. h. diese Verbindlichkeit kann auch bei uns nur dann und in so weit entstehen, wenn und in wie weit man Etwas empfangen hatte. Nur ist dabei Folgendes zu

---

[44] Es gilt hierüber bei uns bei allen Verträgen, was nach Lit. C Nr. 1 e über die römischen contractus nominati ausgeführt wurde. Natürlich aber findet auch bei uns bei einer Societät und beim Mandat ein einseitiges Widerrufsrecht statt, weil dieses in der Natur dieser Verträge liegt.

[45] Vielmehr gilt auch hier das unter C 1 e a. E. Ausgeführte. Meine Doctrina etc. p. 117 f. — Früher wurde das Letztere beinahe allgemein geleugnet, aber mit großen Inkonsequenzen. Jetzt aber ist von allen Späteren das in meiner Doctrina etc. l. c. Ausgeführte zugegeben. Vgl. Bangerow Pand. III § 599 Nr. V, Arndts § 235 Anm.

[46] Dies geben auch die Vertheidiger jenes Reurechts durchaus zu.

beachten. Verabreden die Partieen, einen ſolchen Vertrag künftig einzugehen, z. B. ich verſpreche dem N. nächſten Monat ein Darlehen von 1000 M. zu geben, ſo iſt dieſer Vertrag ein pactum de mutuo dando, welches, wie in der Regel die pacta, nach römiſchem Recht unklagbar war, bei uns aber klagbar iſt. Das wirkliche Darlehnsverhältnis (die obligatio ex mutuo) aber entſteht auch bei uns natürlich erſt durch Auszahlung des Darlehns[47].

F. Die ſog. formellen Verträge. Daraus, daß bei uns jeder gültige Vertrag klagbar iſt, darf man nicht, wie es viele Neuere zu raſch thun, folgern, daß bei uns jedes vertragsmäßig ausgeſprochene Schuldbekenntnis klagbar ſei. Bei dieſer wichtigen Frage muß man

1) Den Vertragswillen an ſich[48] und das formelle Verſprechen wohl unterſcheiden von dem materiellen Zwecke der Paciscenten, von der materiellen causa des Vertrags. Jedem Vertrage liegt eine beſtimmte materielle causa zum Grunde[49], d. h. ein (materieller) Zweck, ein Beſtimmungsgrund, durch den das Verſprechen erſt ſeine Verkörperung, ſeine beſondere Geſtalt und juriſtiſche Natur und Bedeutung bekommt, und durch den gerade die einzelnen Verträge ſich unterſcheiden und die Natur der kontrahirten Obligationen ſich verſchieden beſtimmt. Man verſpricht z. B. nicht 1000 M., lediglich, um ſie zu verſprechen, ſondern zu einem gewiſſen Zweck, z. B. um ſie zu leihen (credendi causa), oder um ſie zu ſchenken (donandi causa), oder um eine Gegenleiſtung dafür zu erhalten, z. B. um dafür Etwas zu kaufen, zu miethen ꝛc., oder um eine beſtehende Schuld zu zahlen (solvendi causa) u. ſ. w.[50]. Bei einem Verſprechen eines Gegenſtandes ohne allen Grund und Zweck, auch nicht einmal den des Schenkens (etwas Unerklärliches), würde ſich gar nicht ermeſſen laſſen, welches Rechtsverhältnis die Partieen wollten (über welches ſie einig geworden ſeien) und ob Das, was ſie wollten, etwas Gültiges ſei und wie das Verhältnis beurtheilt werden ſoll. Wenn z. B. eine Frau ihrem Manne einen Schuldſchein dahin ausſtellt: „ich bekenne

---

[47] S. unten § 185 Beil. Nr. III 2. Vgl. Arndts § 232 Anm. 4 a. E.

[48] Den abſtrakten Willen, einen Vertrag zu ſchließen.

[49] Kein Zurechnungsfähiger will ſich verpflichten, bloß um ſich zu verpflichten.

[50] Causa-Rechtsſtoff, der das Verſprechen an irgend etwas Materielles anknüpft. Savigny Oblig. Recht II 250.

hiermit, meinem Manne 2000 M. schuldig zu sein", oder „2000 M. versprochen zu haben", so kommt es ganz wesentlich auf die causa dieser Schuld an. Wollte sie dem Ehemann 2000 M. *schenken*, so ist das ganze Geschäft nichtig; war sie ihm das Geld aus einem *Kauf* schuldig geworden, so ist die Schuld gültig und nach Kaufsgrundsätzen zu beurtheilen; war ihr Erblasser dem Manne das Geld aus einem *Darlehen* schuldig, so haftet sie für die Summe aus dem Darlehen als Erbin und das Verhältnis ist hiernach zu beurtheilen.

Da somit eine Zusage ihre rechtliche Bedeutung und Kraft nur durch ihre causa erhalten kann, so folgt namentlich als Regel:

a. Wer aus einem Versprechen klagt, muß die causa nachweisen, die ihm zu Grunde liegt, weil sonst die Gültigkeit und die juristische Folge sich gar nicht beurtheilen läßt. Er kann aber diesen Beweis dadurch führen, daß er einen vom Beklagten ausgestellten *Schuldschein* oder Anerkennungsschein producirt, in welchem die causa debendi angegeben ist, sog. *instrumentum discretum*.

b. Das Versprechen, eine Schuld zahlen zu wollen (*constitutum*[51]), aber ohne die causa der Schuld anzugeben, ferner das vertragsmäßige Aussprechen der *Anerkennung* einer Schuld ohne Angabe der causa (z. B. „ich erkenne an, dem N. 1000 M. zu schulden" oder „1000 M. versprochen zu haben") begründet nach gemeinem Recht nicht eine Klage auf Zahlung. Will der Gläubiger aus demselben wirksam klagen, so muß er die *causa* nachweisen. Es kann daher auf ein sog. instrumentum *indiscretum*, d. h. auf einen Schuldschein, in welchem nur der Betrag der Schuld, aber in keiner Weise die causa debendi angegeben ist, in der Regel (vgl. Nr. 2. 3) eine Klage nicht begründet werden[52].

2) Von dem eben Gesagten machte im römischen Rechte die *stipulatio* eine wichtige Ausnahme. Denn ein in Stipulationsform gegebenes Versprechen begründete *schon an sich*, lediglich durch

[51] S. unten § 191.

[52] D. de probationib. 22, 3 l. 25 § 4; X. de fide instrum. 2, 22 cap. 14; vgl. Cod. de non num. pecun. 4, 30 cst. 13. — Die *Anerkennung* ist bloß *Beweismittel* und auch dieses nur dann vollständig, wenn die *causa* der anerkannten Schuld angegeben ist. Ein *Schuldschein ohne* causa debendi beweist nicht (l. 25 cit.); der Gläubiger muß erst die materielle causa nachweisen. Zur *Unterstützung* dieses Beweises kann allerdings das instrumentum indiscretum dienen. Ein *Schuldschein* mit causa debendi ist bloß *Beweismittel*, kein Anerkennungsvertrag. — Vgl. *Schmidt* in Richters Jahrbüchern Bd. V 890 f. *Witte* Die bindende Kraft des Willens, in der Krit. Vierteljahrschr. Bd. VI 330.

die Form und durch die Natur der stipulatio als eines negotium stricti iuris, eine Obligation, auch wenn keine causa in der Stipulation bezeichnet war. Deßhalb gab auch ein Schuldschein, in dem man bekannte, Das und Das durch Stipulation versprochen zu haben, den Beweis einer gültigen Obligation[53]. Wir nennen daher die Stipulation einen formellen oder Formal-Kontrakt, im Gegensatz zu den übrigen Verträgen, bei denen es auf die materielle causa ankommt, zu den sog. materiellen Verträgen. Durch diese (reine) Formalnatur der Stipulation aber konnte der Versprechende sehr gefährdet werden. Deßhalb suchte das prätorische Edikt wenigstens einigermaßen durch Exceptionen zu helfen. Bewies nämlich der Beklagte excipiendo, von welcher causa die Partieen bei der stipulatio ausgingen[54], daß aber diese causa gar nicht existirte, oder daß sie Mängel habe und deßhalb ungültig oder anfechtbar sei, so wurde er absolvirt; z. B. A. sagt dem B. ein Darlehen von 1000 M., in 6 Monaten rückzahlbar zu; B. in der Erwartung, das Darlehen sofort zu bekommen, verspricht dem A. mittelst Stipulation 1000 M. in 6 Monaten zu zahlen, A. aber zahlt ihm das Darlehen gar nicht aus und belangt ihn aus der Stipulation nach 6 Monaten auf die Zahlung von 1000 M. Hier war B. aus der stipulatio stricto iure die 1000 M. zu zahlen schuldig; konnte er aber nachweisen, daß die causa, aus der er sie versprach, die Erwartung war, ein zugesagtes Darlehen zu empfangen, so konnte er die Klage mit der exceptio non numeratae pecuniae zurückweisen[55].

3) Stipulationen im römischen Sinne haben wir nicht mehr und die besonderen Grundsätze der negotia stricti iuris gelten bei uns nicht[56]. Es fällt also das unter Nr. 2 Gesagte bei uns weg (was freilich sehr bestritten ist). Aber wir haben einen (in mancher Hinsicht noch strengeren Formalkontrakt, den Wechselvertrag; ferner die Ausstellung eines Schuldscheins auf den Inhaber und der kaufmännischen Anweisungen und Verpflichtungsscheine[57]. Dagegen

---

[53] I. de inutil. stip. 3, 19 § 17.

[54] Irgend eine causa muß ihr zu Grund liegen.

[55] I. de except. 4, 13 § 2; D. de doli exc. 44, 4 l. 2 § 3 (»si quis sine causa stipulatus fuerit«), l. 4 § 3, l. 17 pr.

[56] S. oben § 100 (Th. I S. 517).

[57] D. Handelsgesetzbuch Art. 391. Über diese Fälle gehört das Nähere ins Germanicum.

iſt es zu weit gegangen, wenn nun viele Neuere[58] das Recht der römiſchen Stipulation bei uns nach gemeinem Recht dahin anwenden wollen, daß eine vertragsmäßig und in verpflichtender Abſicht ausgeſprochene (vom Gegner angenommene) Anerkennung, man ſei Das und Das ſchuldig (oder habe Das und Das verſprochen), ohne irgend eine ausgedrückte causa einen klagbaren Formalvertrag bilde, wie es die stipulatio nach römiſchem Recht war und alſo dabei ganz das unter Nr. 2 Geſagte gelte. Einen ſolchen — gefährlichen und legislativ mehr als bedenklichen — Grundſatz kennt unſer gemeines deutſches Recht nicht[59]. Bei ſolchen Anerkennungen, Zahlungsverſprechen, Schuldſcheinen ohne ausgedrückte causa debendi kommt es ganz darauf an, ob der bezeugten Schuld eine gültige causa zu Grund liegt (und welche es iſt) und es iſt Sache des Gläubigers, dieſe causa nachzuweiſen. Dafür war auch durchaus die gemeine Praxis[60].

Allein jene neuere Anſicht, zu welcher jetzt auch manche Gerichte hinneigen, ging im Weſentlichen ſchon in manche Partikularrechte über, z. B. in das ſächſiſche.

2. Die Erforderniſſe der Gültigkeit eines Vertrags.

§ 185.

(Arndts §§ 231—236.)

Die (allgemeinen) Erforderniſſe der Gültigkeit eines jeden Vertrags, die ſog. essentialia der Verträge[1] ergeben ſich daraus, daß der Vertrag ein Willensakt iſt, durch welchen die Paciscenten miteinander (vermöge ihres übereinſtimmenden Willens) ein Rechtsverhältnis zu begründen, zu modificiren oder aufzuheben, die Abſicht haben. Dieſe Erforderniſſe betreffen

---

[58] Beſonders Bähr Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund (1855. 2. Ausg. 1867); auch Arndts § 233 Anm. 8 § 240 Anm. 4; Bangerow Pand. 7. Ausg. III § 600; Windſcheid Pand. §§ 318. 412 a.

[59] Einen ſolchen Grundſatz kannte in den letzteren Fällen nicht einmal das römiſche Recht. Die Anerkennung einer geſchloſſenen stipulatio in einer Skriptur war nichts Anderes, als ein Beweismittel der stipulatio (ſ. oben).

[60] Vgl. Schleſinger Zur Lehre von den Formalkontrakten ꝛc. (Leipzig 1858); Th. A. Heſſe über das Weſen und die Arten der Verträge des heutigen römiſchen Rechts (1868) § 28 f.; v. Salpius Novation und Delegation (1864) S. 443 f. 504 f.

[1] Vgl. oben § 74 (Th. I S. 362).

I. die Subjekte, die den Vertrag ſchließen, die ſog. Partieen. Daraus, daß der Vertrag ein Willensakt iſt, folgt, daß nur ein Willensfähiger, und ſo fern von ihm eine Verpflichtung übernommen werden ſoll, nur ein Verpflichtungsfähiger einen Vertrag ſchließen kann. Fehlt dieſe Fähigkeit, ſo iſt der Vertrag null und nichtig[2]. Nur iſt hier in manchen Fällen die Nichtigkeit eine heilbare[3].

II. Die Willensbeſtimmung. Die Partieen müſſen wirklich den Willen faſſen und haben, den betreffenden Vertrag als Rechtsgeſchäft zu ſchließen. Fehlt dieſer Wille, ſo exiſtirt rechtlich kein Vertrag. Letzteres iſt namentlich der Fall:

1) wenn ſie (die Partieen) darüber einverſtanden ſind, daß ihr Geſchäft nur ein Scherz ſein ſoll[4]. Wenn jedoch es bloß der einen Partie nicht Ernſt iſt, ſie aber ernſte Abſicht heuchelt und die andere es als Ernſt auffaßt und auffaſſen konnte und in dieſem Sinne zuſtimmt, ſo iſt ein bindender Vertrag geſchloſſen und jene kann ſich nicht darauf berufen, daß ſie bloß habe ſcherzen wollen[5].

2) Wenn ſie (die Partieen) bloß zum Scheine (dicis gratia) kontrahirten, d. h. dahin einverſtanden waren, daß das Geſchäft bloß ein Scheingeſchäft (negotium simulatum, ein contractus imaginarius) ſein ſolle[6]. Nur kann unter einem ſolchen Scheingeſchäft ein anderes wirklich beabſichtigtes, verſteckt ſein, ein ſog. negotium dissimulatum[7], und dann iſt dieſes das Gewollte, z. B. ich will dem N. 100 M. ſchenken, es aber Andere nicht wiſſen laſſen und deßhalb verabrede ich mit ihm, daß wir ſo thun wollen, als ob ich ihm 100 M. als ein Darlehen gäbe. Hier iſt der Vertrag als Darlehen ungültig, weil er blo ſimulirt war; aber er iſt eine gültige Schenkung, da wir dieſe wirklich wollten (wir diſſimulirten ſie bloß).

Natürlich aber hängt die Frage, ob das diſſimulirte Geſchäft gelte, ganz davon ab, ob bei ihm die Erforderniſſe eines gültigen Geſchäfts vorliegen[8].

---

[2] Vgl. oben § 44 (Th. I S. 205), § 48 (S. 215 f.), § 49 (S. 228 f.) und § 84 Nr. I (S. 421).

[3] S. oben § 84 Nr. III (Th. I S. 424).

[4] D. de O. et A. 44, 7 l. 3 § 2. Vgl. oben § 81 Nr. II A (Th. I S. 404) und § 82 Nr. II (Th. I S. 407). Savigny Syſt. III 259.

[5] Vgl. oben § 81 Nr. II A und § 82 (Th. I S. 404, 407). Savigny l. c.

[6] Arndts § 237 Note b. c.

[7] Cod. de contrah. emt. 4, 38 cst. 3; plus valere 4, 22 cst. 1.

[8] D. de don. int. vir. et ux. 24, 1 l. 5 § 5, l. 7 § 6. Im angeführten Bei-

3) wenn die Einwilligung einer Partie auf weſentlichem Irrthum beruht[9].

III. Die Willenseinigung. Der Wille beider Partieen muß in den weſentlichen Punkten des Vertrags wirklich übereinſtimmen und dieſe Übereinſtimmung durch den Vertrag ausgedrückt ſein. Es muß, wie man gewöhnlich ſagt, die Propoſition des einen Theils vom andern acceptirt ſein: erſt dann iſt der Vertrag zu Stande gekommen, perfekt in dieſem Sinne[10]. Es liegt daher

1) ein gültiger Vertrag nicht vor, wenn die Partieen einig zu ſein glauben, es aber in der That nicht ſind, weil ſie ſich gegenſeitig mißverſtehen[11].

2) Ein Vertrag iſt noch nicht vorhanden, wenn die Partieen noch gar nicht zu einem übereinſtimmenden Beſchluß kamen, ſie noch in Unterhandlungen, Traktaten, Propoſitionen und Gegenpropoſitionen ſtehen. So lange iſt keine Partie gebunden, jede kann ihr Anerbieten zurücknehmen[12]; auch zerſchlägt ſich die ganze Verhandlung (nach dem gemeinen bürgerlichen Rechte[13]), wenn die eine Partie ſtirbt, ehe ſie einig geworden ſind; denn dann iſt kein Wille mehr vorhanden, mit dem die andere Partie ſich einigen könnte; das bloße Anerbieten und Annehmenkönnen iſt etwas bloß Faktiſches, das nicht auf die Erben übergehen kann[14].

3) Ein Vertrag iſt in der Regel erſt geſchloſſen, wenn die Vereinigung der Partieen zum Bewußtſein beider Theile kam[15]. Dies gilt auch bei Verträgen, die unter Abweſenden durch Briefe oder Boten geſchloſſen werden[16]; denn das Vertragsoffert, das man einem Abweſenden macht, iſt in der Regel bloß ein Antrag (an den Abweſenden), mit uns zu kontrahiren; in einem Antrag aber liegt,

---

ſpiel würde zwiſchen Ehegatten der Vertrag nicht als Schenkung gelten, weil dieſe rechtlich ungültig iſt, und nicht als Darlehen, weil kein Darlehen gewollt war.

[9] S. unten § 186. [10] Arndts § 231 Note a.

[11] S. unten § 186 Beil. Lit. A I. [12] Arndts § 231 Note b.

[13] Anders nach dem Sächſiſchen Geſetzbuch § 818. Anders auch nach dem Deutſchen Handelsgeſetzbuch Art. 297: „Ein Antrag, ein Auftrag oder eine Vollmacht, welche von einem Kaufmann in dem Handelsgewerbe ausgegangen ſind, werden durch ſeinen Tod nicht aufgehoben, ſo fern nicht eine entgegengeſetzte Willensmeinung aus ſeiner Erklärung oder aus den Umſtänden hervorgeht".

[14] D. de donat. 39, 5 l. 2 § 6; Cod. de O. et A. 4, 10 cst. 8. Mein Württemb. Privatrecht II S. 736 ff.

[15] D. de O. et A. 44, 7 l. 1 § 15; de V. O. 45, 1 l. 1 pr.

[16] Mein Württemb. Privatrecht II S. 737 und nun auch Bangerow Pand. III 7. Ausg. S. 250 f. Nr. 1, 2.

daß man noch Antwort erwarte. So lange daher die Antwort nicht angekommen ist, ist der Vertrag nicht geschlossen; er ist erst wirklich geschlossen, wenn dem Antragenden die Acceptation zugekommen ist. So lange Letzteres nicht der Fall ist, kann der Proponent sein Angebot zurücknehmen durch einen dem Abwesenden zugesendeten Widerruf[17]; nur muß dieser Widerruf beim Abwesenden angekommen sein, ehe dessen Acceptation beim Proponenten einkam; denn der Widerruf kann nur als geschehen gelten, also wirksam sein, wenn er vor Abschluß des Vertrags dem Abwesenden zukam.

4) Das Gesagte leidet aber folgende Ausnahmen:

a. Wenn die Proposition nicht bloß ein Antrag ist, sondern eine Ermächtigung zum sofortigen Handeln enthält, wenn also der Proponent ausdrücklich in der Art seines Anerbietens den Abwesenden ermächtigt, der Proposition gemäß zu handeln; hier ist der Vertrag bindend geschlossen, sobald dieser handelt[18].

b. Wenn aus der Art des Anerbietens erhellt, daß der Proponent zum Zweck des Abschlusses des Vertrages keine Antwort erwartet; hier ist der Vertrag geschlossen im Moment der erweislich geschehenen Acceptation (wenn nicht vorher ein Widerruf eintrat); z. B. ich übersende Jemandem ein Geschenk, so ist die Schenkung geschlossen, sobald er es annimmt, um es zu behalten[19].

Besondere Bestimmungen gelten bei Handelsgeschäften[20].

5) Viele behaupten, der Antragende könne von seinem Widerrufsrechte (Nr. 3) während der Zeit keinen Gebrauch machen, während welcher bei rechtzeitiger Absendung der Antwort ihr Eingang zu erwarten sei. Dies aber gilt bloß bei Handelsgeschäften[21], nicht auch bei anderen Verträgen; denn aus allgemeinen Grundsätzen folgt es nicht.

6) Viele behaupten, wenn der Antragende, noch ehe der Vertrag zu Stande kam, widerrufe (Nr. 3), so müsse er dem andern Theile, wenn dieser sich darauf verlassen hatte, daß der Vertrag zu Stande kommen werde, zwar nicht das Erfüllungsinteresse ersetzen, d. h.

---

[17] S. die bei Arndts § 231 Anm. 3 citirten Schriftsteller.
[18] D. mandati 17, 1 l. 27 pr. l. 16.
[19] D. de donat. 39, 5 l. 10 l. 2 § 6. Mein Württemb. Privatrecht II § 99.
[20] S. Deutsches Handelsgesetzbuch Art. 319—322.
[21] Handelsgesetzbuch Art. 319. Vgl. auch die richtige Bestimmung des Handelsgesetzbuchs Art. 337.

was er gehabt und gewonnen hätte, wenn der Vertrag erfüllt worden wäre, — aber doch das ſog. negative Vertragsintereſſe, d. h. die Nachtheile, welche er dadurch erlitt, daß er im Vertrauen auf das Zuſtandekommen des Vertrags Etwas vornahm oder unterließ, z. B. den Aufwand, den er in der Hoffnung, der Vertrag komme zu Stande, gemacht habe, oder Erſatz dafür, daß er unterließ, ſich anderweit mit ſolchen Sachen, die er durch den Vertrag zu erlangen hoffte, zu verſehen u. dgl.[22]. Allein dies iſt eine unbegreifliche Behauptung und die Quellen ſagen Etwas dieſer Art nicht entfernt. Denn entweder war der Anbietende zum Widerruf berechtigt (Nr. 3) und dann hat er Nichts zu erſetzen, weil er suo iure usus est[23]; oder er war nicht mehr dazu berechtigt, und dann iſt der Widerruf wirkungslos; es bleibt dann beim Vertrag.

7) Noch fragt es ſich, wie lange Der, dem ein nicht widerrufener Antrag gemacht iſt, den Antrag acceptiren kann. Hat der Antragende eine Friſt zur Acceptation geſetzt, ſo kann nach ihrem Ablauf nicht mehr acceptirt werden. Für andere Fälle muß man davon ausgehen, ein Antragender mache ſeinen Antrag nicht in dem Sinne, daß er auch nach noch ſo langer Zeit angenommen werden könne, ſondern daß in angemeſſener Zeit die Annahme ihm zukommen müſſe, wenn ſie noch zuläſſig ſein ſoll. Welche Zeit angemeſſen ſei, darüber hat der Richter nach den Umſtänden des einzelnen Falles und nach der Verkehrsſitte zu entſcheiden[24].

Geſchieht aber der Antrag unter Gegenwärtigen, ſo iſt im Zweifel anzunehmen, daß er als abgelehnt gelte, wenn nicht bei der Verhandlung ſelbſt eine zuſtimmende Antwort gegeben wird[25].

8) Nach dem Ausgeführten iſt ein Verſprechen (pollicitatio

---

[22] So auch Windſcheid Pand. § 307 Note 4 u. 5 und Bangerow Pand. III 7. Ausg.) S. 252 Nr. 5.

[23] Vgl. oben § 33 Nr. 3 (Th. I S. 169). — Derjenige, dem die Propoſition gemacht iſt, mußte ja ſich ſagen, daß Widerruf zuläſſig ſei; er hätte alſo, ſo lange die Sache ſchwebte, jene Handlungen nicht vornehmen ſollen.

[24] So richtig das Sächſiſche Geſetzbuch § 817.

[25] Über das bei Handelsgeſchäften Geltende ſ. D. Handelsgeſetzbuch Art. 318, 319. Der Art. 319 ſpricht ſich nicht ganz klar aus; es ergiebt ſich aber aus ihm, daß, wenn die Annahme erſt nach dem von ihm bemerkten Zeitpunkte (ſ. oben bei Anm. 21) abgeſendet wird, ſie wirkungslos iſt, — iſt ſie rechtzeitig abgeſendet, trifft aber erſt nach jenem Zeitpunkte ein, ſo iſt ſie auch wirkungslos, wenn der Antragende in der Zwiſchenzeit oder ohne Verzug nach dem Eintreffen der Annahme von ſeinem Rücktritt Nachricht gegeben hat. Über einen Antrag unter Gegenwärtigen muß die Erklärung ſofort gegeben werden.

im weitern Sinn) nur wirkſam, wenn es gehörig acceptirt, alſo ein Vertrag geworden iſt. So lange es bloß eine einſeitige Erklärung iſt (pollicitatio im engern Sinn)[26], iſt es nicht verpflichtend, eben weil noch gar kein Vertrag vorhanden iſt. Nur einzelne Fälle giebt es, in denen eine ſolche pollicitatio im engern Sinne unter gewiſſen Beſchränkungen verpflichtend iſt; dahin gehört der Fall, wenn ſie einer Gemeinde gemacht wurde[27]. Wie weit ein einſeitiges Gelübde (votum)[28] verbindet, darüber ſ. das Kirchenrecht. — Viele rechnen zu dieſen Ausnahmen auch noch die ſog. Auslobung[29]. Allein bei dieſer bleibt es bei dem Grundſatz, daß ſie nur bindend iſt, wenn ſie gehörig acceptirt, alſo in einen Vertrag übergegangen iſt. Die Auslobung iſt eine öffentlich gemachte Zuſage, Demjenigen Etwas gewähren zu wollen, welcher einen gewiſſen näher beſtimmten Erfolg bewerkſtelligen würde. Sie iſt alſo an ſich ein einſeitiges Verſprechen, welches dadurch, daß die betreffende Handlung wirklich von Jemandem geleiſtet wird, von dieſem acceptirt wurde, alſo in einen Vertrag überging, aus welchem dann Derjenige, welcher den Erfolg herbeigeführt hatte, auf Erfüllung der Auslobung klagen kann. Die Zuſage aber, welche in der Auslobung liegt, kann der Auslobende wieder zurücknehmen. Nur muß die Zurücknahme in derſelben öffentlichen Weiſe geſchehen, wie die Auslobung geſchah, und iſt jedenfalls nicht mehr zuläſſig, wenn die betreffende Leiſtung ſchon von Jemandem vollſtändig bewerkſtelligt worden war. Dagegen ſind die Anſichten darüber ſehr verſchieden, wie es ſich verhalte, wenn der Widerruf erfolgt, nachdem Jemand zwar die Handlung nicht wirklich vollzogen, aber ſchon in Rückſicht auf die Auslobung zu handeln angefangen und Mühe und Koſten aufgewendet hatte, um die Aufgabe zu löſen. Manche behaupten, hier ſei der Vertrag noch nicht zu Stande gekommen geweſen, aber der Auslobende müſſe doch Dem, der mit der Thätigkeit begonnen hatte, die von ihm aufgewendeten Koſten ꝛc. erſetzen[30]. Allein, wenn der Vertrag noch nicht zu Stande kam, kann auch der Auslobende nicht einmal zum Erſatz jener Koſten verpflichtet

---

[26] Arndts § 241 Anm. 1.
[27] Das Nähere ſ. bei Arndts § 241 Nr. 1.
[28] Arndts § 241 Nr. 2. Zum Beſten der Kirche oder ſonſt zu einem frommen Zweck.
[29] Auch Arndts l. c. Nr. 3.
[30] So z. B. Windſcheid Pand. § 308 bei Note 7.

werden. — Andere nehmen an, schon durch den Anfang jener Thätigkeit sei der Vertrag zu Stande gekommen; ein Widerruf könne daher nun Nichts mehr wirken; vielmehr habe Der, welcher zu handeln begonnen habe, ein Recht auf Zahlung der ganzen Auslobung, wenn es ihm gelinge, wirklich noch die Leistung zu vollziehen[31]. Allein dies würde oft gegen den Sinn der Auslobung sein. Es kommt aber bei dieser Frage lediglich darauf an, was in Worten und Sinn der Auslobung liegt.

In der Regel geht dieser dahin, daß der Auslobende sich nur verpflichten will zu zahlen, wenn die Leistung wirklich vollzogen ist. In diesem Fall muß er widerrufen können, so lange die Leistung noch nicht vollzogen ist. — Es kann aber auch der Sinn der Auslobung sein, daß in ihr eine Aufforderung zum Handeln innerhalb einer bestimmten Zeit liegt, z. B. es setzt Jemand einen Preis für Den aus, der innerhalb eines Jahres eine wissenschaftliche Aufgabe am besten lösen wird; — dann wird man annehmen müssen, daß in der Auslobung eine Zusage für Diejenigen, welche mit der Ausführung begonnen haben, liegt, vor Ablauf jener Zeit die Auslobung nicht zu widerrufen, so daß der Auslobende gegen Diejenigen, die innerhalb jener Zeit die Aufgabe lösen, gebunden ist.

9) Über die Versteigerung[32] s. die Lehre vom Kauf[33].

IV. Die äußere Form des Vertrags[34]. Der Vertragswille muß von den Partieen erklärt sein. Wie er aber erklärt wird, ist in der Regel gleichgültig. Denn eine äußere Form, worin die Erklärung zu geben ist, schreibt unser Recht in der Regel nicht vor. Der Wille kann daher auch tacite erklärt werden, d. h. durch eine anderweite Handlung, durch welche der Vertragswille indirekt ausgedrückt wird[35], und in einigen Fällen folgert das Gesetz eine Willenserklärung aus gewissen Handlungen, mitunter auch schon daraus, daß man zu einer gewissen Handlung des Andern schwieg[36]. In der Regel aber liegt im bloßen Schweigen auf eine Proposition oder

---

[31] So z. B. Bangerow Pand. III § 603 Anm. 2 Nr. 4. Regelsberger Civilrechtliche Erörterungen S. 222, 257.

[32] Arndts § 231 Anm. 4. [33] Unten § 204 Beil. III.

[34] Arndts § 232.

[35] Vgl. oben § 74 (Th. I S. 362).

[36] Z. B. D. mandati 17, 1 l. 6 § 2; ad S. C. Maced. 14, 6 l. 12, 16; de agnosc. lib. 25, 3 l. 1 § 4. Savigny Syst. III 249 ff.

zu einer Handlung eines Dritten noch keineswegs eine Einwilligung [37].

Eine äußere Form, in welcher der Wille erklärt werden muß, ſchreibt das gemeine Recht nur bei ſehr wenigen Verträgen zu ihrer Gültigkeit vor; z. B. in einigen Fällen muß das Geſchäft ſchriftlich geſchloſſen werden [38], wo es dann nicht eher gilt, als bis beide Partieen unterſchrieben haben, alſo jede Partie zurücktreten kann, ehe ſie unterſchrieben hat. In einigen Fällen iſt die Zuziehung ſog. Solennitätszeugen vorgeſchrieben [39]. Bisweilen iſt zur Gültigkeit eines Geſchäfts richterliche Beſtätigung nöthig [40]; bisweilen wenigſtens die Anzeige bei Gericht, eine ſog. gerichtliche Inſinuation, in welch letzterem Falle man jeden beliebigen Richter angehen kann [41]. Natürlich können auch die Partieen durch Verabredung eine Form feſtſetzen, von deren Beobachtung die Gültigkeit des Vertrags abhängen ſoll. Namentlich kommt es häufig vor, daß ſie verabreden, der Vertrag ſoll in eine Skriptur gebracht werden. Dieſes kann aber einen verſchiedenen Sinn haben; der Zweck kann ſein, dadurch bloß ein ſicheres Beweismittel zu bekommen; dann hängt die Gültigkeit des Vertrags nicht von der Vollziehung der Skriptur ab. Ging aber die Abſicht der Partieen dahin, daß das Geſchäft erſt durch die Vollziehung der Skriptur ſeine Exiſtenz bekommen ſoll, ſo iſt, wenn auch die Partieen über das Geſchäft ſelbſt einig geworden ſind, damit der Vertrag noch nicht geſchloſſen, ſondern erſt wenn der Inhalt niedergeſchrieben und die Skriptur von beiden Partieen unterſchrieben iſt, ſo daß jede noch vor ihrer Unterſchrift zurücktreten kann. Die letztere Abſicht iſt im Zweifel dann anzunehmen, wenn die Partieen, ehe ſie über das Geſchäft einig wurden, verabredeten, daß falls ſie einig werden ſollten, das Geſchäft in eine Skriptur gebracht werden ſoll [42].

V. Gegenſtand und Inhalt der Verträge [43]. Nach Gegenſtand und Inhalt können die Verträge höchſt verſchieden ſein.

---

[37] D. quib. mod. 20, 6 l. 8 § 15. Vgl. oben § 69 Beil. III Nr. II (Th. I S. 337). S. auch § 74 (Th. I S. 363).

[38] Vgl. oben § 184 Lit. C Nr. 1 b a. E.

[39] Arndts § 362. [40] Vgl. Arndts § 269 Note p.

[41] Vgl. unten § 196 Beil. Lit. C Nr. I.

[42] Arndts § 232 bei Note b. — Über § 232 Anm. 4 (Klagbarkeit) ſ. oben § 184.

[43] Arndts § 234—236. Über § 233 ſ. oben § 184. Lit. F. Über § 233 Note a und Anm. 1 ſ. unten § 190.

Namentlich können sie Veräußerungsverträge oder Verträge auf bloße Gebrauchsverstattung, oder Verträge auf ein Thun im engern Sinne[44] sein. Ferner können sie sein entgeltliche (sog. onerose, zweiseitige, d. h. durch welche beide Partieen sich zu gegenseitigen Leistungen verpflichten, — die eine Partie zu einer Leistung, die andere zu einer ein Äquivalent derselben bildenden Gegenleistung) oder unentgeltliche (sog. einseitige, lukrative Verträge, durch welche nur die eine Partie sich zu einer Leistung verpflichtet, ohne für dieselbe ein Äquivalent als Gegenleistung zu erhalten[45]).

Über das Erfordernis[46] der Möglichkeit der Leistung ist Folgendes zu bemerken. Wenn ein Vertrag zwar äußerlich zu Stande kam, aber die zugesagte Leistung schon zur Zeit des Vertragsabschlusses unmöglich war, so ist zu unterscheiden:

1) die bloß subjektive Unmöglichkeit, d. h. wenn die Leistung zwar an sich möglich war, sie aber bloß Demjenigen, der sie zusagte, unmöglich gewesen ist. Dadurch wird die Gültigkeit des Vertrags nicht gehindert. Denn, übernahm Jemand die Verbindlichkeit, Etwas, was an sich möglich ist, zu leisten: so liegt kein Grund gegen die Gültigkeit der Übernahme vor; er muß also für die Erfüllung seiner Verbindlichkeit einstehen, sollte ihm auch subjektiv die Erfüllung nicht möglich sein. Im letzteren Falle muß er eben seinen Kontrahenten wegen der Nichterfüllung entschädigen, d. h. ihm das Erfüllungsinteresse ersetzen, also Alles, was dieser gehabt oder gewonnen haben würde, wenn die Leistung vollzogen worden wäre und was ihm durch die Nichterfüllung entging[47].

---

[44] Vgl. oben § 167.

[45] Näheres über diese Eintheilung und was sonst mit ihr zusammenhängt, s. unten in der Beil.

[46] Über die allgemeinen Erfordernisse der Gültigkeit eines Vertrags in Bezug auf Gegenstand und Inhalt desselben, s. Arndts § 202 Nr. 1—3.

[47] S. z. B. unten § 205. — Vgl. Windscheid Pand. § 315 Note 3. — Wenn daher Jemand etwas an sich Mögliches zu leisten verspricht, das aber ihm deßhalb zu leisten unmöglich ist, weil es seiner Disposition nicht unterworfen war, so kontrahirt er doch eine gültige Obligation und muß, wenn er die Leistung nicht beschaffen kann, Ersatz leisten. In so fern ist auch ein Vertrag über eine fremde Sache und Handlung ganz gültig (D. de hered. vend. 18, 4 l. 4, 5). Besitze ich z. B. eine Sache, die mir nicht gehört und verkaufe und tradire sie einem Dritten, so verliert natürlich dadurch der Eigenthümer nicht sein Eigenthum; es geht also kein Eigenthum auf den Käufer über. Ich bin aber durch den Verkauf dem Käufer obligirt, ihm das Behalten der Sache zu garantiren und muß ihm sein ganzes Interesse ersetzen, wenn ihm später der Eigenthümer die Sache abstreitet (D. de contrah. emt. 18, 1 l. 28; de evict. 21, 2 l. 1). Eben so ist es, wenn ich Jemandem verspreche, ein Dritter werde Etwas für ihn thun oder ihm leisten;

2) Die objektive oder abſolute Unmöglichkeit, d. h. wenn die Leiſtung an ſich, ſomit für Jeden unmöglich iſt. Hier iſt zu unterſcheiden:

a. Die objektive Unmöglichkeit liegt in einem Mangel in den Rechtsverhältniſſen, z. B. es hat Jemand eine Forderung verkauft, die nichtig iſt, alſo gar nicht exiſtirt, oder welche anfechtbar iſt, alſo mit Erfolg nicht geltend gemacht werden kann; oder es hat Jemand eine Sache veräußert, die Niemandem gehören kann, wie nach römiſchem Recht eine res sacra, religiosa, oder einen freien Menſchen. In dieſen Fällen iſt der Vertrag, wenn er ein entgeltlicher iſt, für den Zuſagenden bindend und gültig. Denn für Mängel in den Rechtsverhältniſſen des Zugeſagten, alſo für rechtliche Mängel, muß man ſtets einſtehen. Der Zuſagende wird alſo verpflichtet, ſeinem Kontrahenten, wenn dieſer den Mangel nicht kannte, Erſatz ſeines Erfüllungs-Intereſſes zu leiſten[48].

b. Die objektive Unmöglichkeit iſt (nicht eine rechtliche, ſondern) eine phyſiſche, d. h. die Leiſtung war aus faktiſchen Gründen objektiv oder abſolut, ſchon zur Zeit der Zuſage unmöglich, z. B. wenn Jemand ſein Haus verkaufte, welches aber einige Stunden vor dem Verkauf abgebrannt war: ſo iſt der Vertrag gegenſtandslos und daher nichtig[49]. — Hier behaupten aber Viele, der Verſprechende müſſe in ſolchem Falle ſeinem Kontrahenten, da ſich dieſer auf das Zuſtandekommen des Vertrags verlaſſen habe, ſein negatives Vertragsintereſſe erſetzen[50]. Allein ein ſolcher auffallender Grundſatz wird nirgends in unſeren Quellen in dieſer Allgemeinheit ausgeſprochen[51].

---

ich bin hier meinem Kontrahenten verpflichtet, den Dritten zur Leiſtung zu beſtimmen. Iſt mir dies unmöglich, ſo muß ich ihm ſeinen Schaden erſetzen (D. de constit. pec. 13, 5 l. 14 § 2; ratam rem hab. 46, 8 l. 13 pr.; de V. O. 45, 1 l. 81 pr.). Nur bei Stipulationen ging hier das römiſche Recht von einer engeren Auffaſſung aus (I. de inut. stip. 3, 9 § 3, § 21), was aber bei uns unpraktiſch iſt.

[48] D. de C. E. 18, 1 l. 4—6; de evict. 21, 2 l. 39 § 3 l. 74 § 3; de religios. 11, 4 l. 8 § 1; I. de emt. 3, 23 § 5. — Iſt aber der Vertrag eine Schenkung, ſo haftet der Schenkende für ſolche rechtliche Mängel nicht, außer er wäre in dolo geweſen, oder er hätte ausdrücklich zugeſagt, für den Mangel einſtehen zu wollen. (S. unten § 196 Beil. Lit. B.)

[49] Arndts § 202 Note d. — Vgl. unten § 186 Beil. Lit. A. Nr. 5.

[50] Z. B. Windſcheid Pand. § 315. — Vgl. oben § 185 bei Anm. 22.

[51] Zwar wollte Ihering (Jahrbücher für Dogm. Bd. IV 1 f.) eine ſolche Verpflichtung des Zuſagenden auf eine culpa in contrahendo ſtützen, indem er behauptete, wer eine Sache zuſage, von der ſich nachher finde, daß ſie zur Zeit der Zuſage nicht exiſtirte, ſei wegen Unterlaſſung der ſchuldigen diligentia dem Andern zum Erſatz verpflichtet; und dieſe Anſicht nahm auch ſofort Bangerow (Pand. 7. Ausg. § 109) an. Mit Recht

Aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen folgt in den Fällen von b. eine Verpflichtung zum Ersatz des negativen Vertragsinteresses nur dann, wenn der Zusagende wußte, daß die Sache untergegangen ist, also in dolo war, oder wenn in der Art seiner Zusage die Erklärung liegt, der andere Theil könne sich darauf verlassen, die Sache existire zur Zeit der gemachten Zusage[52].

Mit diesen Fällen ist aber nicht der Fall zu verwechseln, wenn die Leistung erst nach Abschluß des Vertrags faktisch unmöglich wurde. Solche später eingetretene Unmöglichkeit hat auf die Gültigkeit des Vertrags keinen Einfluß. Trat sie daher durch eine solche culpa des Schuldners ein, für die er beim Vertrag einzustehen hat, so kann der Gläubiger mit der Klage aus dem Vertrag sein volles Interesse von ihm ersetzt verlangen; trat sie aber durch Zufall ein, so trägt in der Regel der Gläubiger die Gefahr[53].

Beilage.

Die Unterscheidung der Verträge in „zweiseitige" und „einseitige" sog. conventiones »bilaterales« und »unilaterales«)

I. darf man nicht verwechseln mit der Eintheilung der Rechtsgeschäfte überhaupt in zweiseitige und einseitige (sog. negotia »bilateralia« und »unilateralia«). Bei den Rechtsgeschäften nämlich bestimmt sich die Eintheilung nach den Subjekten, nach der Frage, ob die Mitwirkung mehrerer Partieen zum Geschäft erfordert wird; „einseitige" Rechtsgeschäfte sind solche, die bloß durch den Willen einer Partie bestimmt und bedingt werden, wie Testament oder Kodicill, Antretung oder Ausschlagung einer Erbschaft, Occupation, Dereliktion, negotiorum gestio; „zweiseitige" Rechtsgeschäfte sind solche, die durch den übereinstimmenden Willen mehrerer Partieen bestimmt und bedingt werden; dies sind die Verträge, und zwar sind die Verträge die einzigen, erschöpfenden, Fälle der zweiseitigen Rechtsgeschäfte; vergl. oben § 73 (Th. I S. 360), Savigny Syst. III § 140, 141.

II. Man kann aber auch die Verträge eintheilen in „einseitige" und „zweiseitige". Natürlich muß aber hier die Eintheilung eine ganz andere Beziehung

---

aber hat diese Ansicht sonst beinahe keinen Anhänger gefunden und wurde von Ihering selbst im Wesentlichen zurückgenommen (Ihering Das Schuldmoment im Privatrecht S. 38 Note 73). Denn zu einer diligentia kann man nur durch einen wirklich zu Stande gekommenen Vertrag (gegen den Kontrahenten) verpflichtet werden, nicht aber durch einen nichtigen Vertrag, welcher ja gar keine Existenz hat. Deßhalb sprechen auch unsere Quellen nirgends von einer culpa in contrahendo. — Vgl. auch Savigny Syst. Bd. III S. 294 Note d. — Sintenis Civilrecht II § 96 Note 18 a. Windscheid Pand. § 315 Note 7.

[52] S. auch unten § 186 Beil. Lit. B 2. — Dies ist z. B. nicht der Fall, wenn ein in Leipzig Befindlicher sein in Dresden stehendes Haus heute verkauft, welches eine Stunde vorher abgebrannt war: hier liegt darin, daß das Haus an einem andern Ort liegt, von selbst, daß der Verkaufende keine Garantie seiner Existenz zur Zeit der Zusage geben wollte.

[53] Über Letzteres s. unten § 195. — Über Arndts § 234 Note d ff. und Anm. 3. 4 s. oben § 84 Nr. III (Th. I S. 424) und über Note a—c und Anm. 2 s. unten § 189; über Arndts § 235 s. oben § 184 und über Arndts § 236 s. unten § 213 u. § 204.

haben, nicht auf die mitwirkenden Subjekte (denn nach diesen ist ja jeder Vertrag nothwendig zweiseitig, d. h. ein zweiseitiges Rechtsgeschäft), sondern auf die durch den Vertrag begründeten und in der Natur desselben liegenden Obligationen. Es kann nämlich

A. ein Vertrag zum Zwecke haben, es somit in seinem Wesen liegen, daß dadurch eine Verbindlichkeit auf Leistung und Gegenleistung begründet, also jede Partie an die andere zu einer Leistung, welche ein Äquivalent für die zu empfangende Leistung bildet, verpflichtet wird, wie beim Kaufe (die eine Partie hat die Sache, die andere dafür den Preis zu leisten), bei der Miethe (die eine Partie hat die Gebrauchsverstattung, die andere dafür das Miethgeld zu leisten, bei der Societät (jeder Socius hat dem anderen Beiträge oder Dienste oder Beides zum Zweck der Societät zu leisten) ꝛc. In solchen Fällen, in denen der Vertrag die Begründung einer Obligation auf Leistung und Gegenleistung zum Zweck hat und in dieser Weise jede Partie zugleich Gläubiger und Schuldner für eine im Wesen des Vertrags liegende selbständige Leistung wird, ist der Vertrag ein „zweiseitiger" Vertrag, ein sog. „oneroser, wechselseitiger", oder besser ein „entgeltlicher", sog. conventio »bilateralis, reciproca, duplex«, ein Vertrag auf wechselseitige Leistungen oder auf Leistung und Gegenleistung. Da die römischen Quellen die Klage aus einer Obligation, welche auf diejenige Leistung geht, die im Zweck und Wesen des Verhältnisses liegt, durch actio »directa« oder »principalis« (auch »rectum iudicium«) bezeichnen: so erzeugen solche Verträge für jede Partie eine directa actio, die bald für die Partieen den gleichen Namen hat, wie bei der Societät die actio »pro socio« (l. de poena temere 4, 16 § 2), in der Regel aber für jede Partie einen besonderen Namen führt, z. B. beim Kauf die actio »emti« für den Käufer, »venditi« für den Verkäufer, bei der Miethe die actio »conducti« für den Miether, »locati« für den Vermiether ꝛc.

B. Geht Zweck und Wesen des Vertrags bloß auf eine Leistung ohne eine sie vergeltende Gegenleistung: so ist er ein „einseitiger", besser ein „unentgeltlicher" Vertrag, sog. conventio »unilateralis, simplex«. Bei einem solchen Vertrage ist daher bloß für eine Partie, für die, welche die Leistung verlangen kann, eine »directa« actio möglich; z. B. wenn Jemand sich verpflichtet, für mich unentgeltlich ein Geschäft zu besorgen: so habe ich gegen ihn eine actio »mandati directa« auf gehörige Vollziehung des Geschäfts und überhaupt auf Erfüllung der mit dem Auftrage übernommenen Verbindlichkeiten; habe ich bei Jemandem meine Sache deponirt oder sie ihm zum Gebrauch geliehen: so habe ich gegen ihn auf Zurückgabe der Sache eine actio »depositi« oder »commodati directa«. Für diejenige Partie, welche in solchen Fällen durch den Vertrag einen Vortheil erlangt, ohne eine Gegenleistung dafür geben zu müssen, ist er dann ein „unentgeltlicher", sog. conventio »gratuita, lucrativa«, z. B. das Mandat ist für den Mandans, das Depositum für den Deponenten lukrativ oder unentgeltlich. Es kann daher auch der Fall sein, daß für diejenige Partie, welche mit der actio directa belangt werden kann, der Vertrag lukrativ ist: z. B. wenn Jemand mir eine Sache unentgeltlich zum Gebrauch geliehen hat: so ist nicht für ihn, sondern für mich, den Kommodatar, der Vertrag ein lukrativer. Bei diesen einseitigen Verträgen muß man aber noch unterscheiden:

a. Die meisten einseitigen Verträge sind der Art, daß bei ihnen auch die Partie, welche die actio directa auf die durch den Vertrag begründete Leistung hat, bei Gelegenheit des Vertrags durch besondere, nicht im Zweck des Vertrags liegende Thatsachen zu einer Leistung an die andere Partie verpflichtet werden kann, z. B. durch Aufwand, den diese für sie machte, oder durch Beschädigungen, die sie der anderen bei dem Vertrage zufügte. Diese Verpflichtung kann dann die andere Partie auch mit einer Klage aus dem Vertrage geltend machen; aber diese Klage ist nicht eine »directa« actio, weil sie nicht auf diejenige Leistung geht, welche den Zweck und das Wesen des Vertrags bestimmt; sie ist nur eine Nebenklage, eine »contraria« actio. So kann z. B. der Mandatar die Auslagen, die er zum Zweck der Vollziehung des Auftrags macht, mit einer actio »mandati

contraria« ersetzt verlangen, ebenso hat zu gleichem Zweck der Depositar eine actio »depositi contraria«, der Kommodatar eine actio »commodati contraria« ꝛc. Hierauf beziehen sich die Worte »vel contra« in vielen Titelrubriken der Pandekten, z. B. D. XIII, 6 und 7 XVI, 3 XVII, 1; s. auch D. commod. 13, 6 l. 17 § 1 l. 18 § 4.

b. Es giebt aber auch Fälle, in welchen die durch den Vertrag begründete Obligation streng einseitig ist, d. h. solche zufällige Nebenverpflichtungen nicht vorkommen oder wenigstens nicht mit einer actio ex contractu geltend gemacht werden können, wie bei der Stipulation und beim Darlehen. Vergl. meine Erörterungen II S. 82 ff.

C. Auch bei quasi-kontraktlichen Verhältnissen kommen diese Verschiedenheiten zur Anwendung; es kann die durch sie begründete Obligation eine streng einseitige (B, b) sein, z. B. die Obligation auf Zurückgabe eines indebitum l. qb. mod. re 3, 14 § 1), in anderen Fällen kann neben der »directa« actio, welche auf die im Zweck und Wesen der Obligation liegende Leistung geht, eine actio »contraria« vorkommen, z. B. bei der negotiorum gestio, der Vormundschaft.

III. In Beziehung auf diesen Gegenstand ist über einige unrichtige Ansichten noch Folgendes zu bemerken:

1) Die älteren Civilisten zählten meist die Fälle unter B, a noch zu den zweiseitigen Verträgen. Sie theilten nämlich die zweiseitigen Verträge ein in sog. conventiones »bilaterales aequales«, worunter sie die entgeltlichen Verträge (II A) begriffen, und in »bilaterales inaequales«, zu welchen sie die Fälle unter II B, a zählten, und verstanden unter den „einseitigen" Verträgen, sog. conventiones »unilaterales«, bloß die Fälle unter B, b. Allein dies war entschieden unrichtig; denn die unter B, a angeführten Verträge sind keine „zweiseitigen" Verträge, da sie ja nicht auf Leistung und Gegenleistung gehen.

2) Die Neueren nennen gewöhnlich die einseitigen Verträge (Nr. II B) „einseitig verpflichtende" Verträge. Allein auch Dieses ist entschieden unrichtig; denn der „einseitige Vertrag", d. h. der Vertrag auf Leistung ohne Gegenleistung, kann ja gar wohl eine gegenseitige Verpflichtung selbst in der Weise begründen, daß sie schon vom Anfang an beim Abschluß des Vertrags vorhanden ist, und so giebt es daher Verträge, die zwar „einseitig" oder „unentgeltlich" sind, aber schon ihrem Zwecke nach beide Partieen verpflichten (nur nicht eine Verpflichtung auf Leistung und Gegenleistung begründen). Wenn ich z. B. dem A. mein Pferd auf zwei Monate zum unentgeltlichen Gebrauche leihe: so ist er zur Zurückgabe der Sache nach gemachtem Gebrauche verpflichtet, ich aber bin ihm ebenfalls von Anfang an verpflichtet, nämlich dazu, ihm die Sache zwei Monate lang zum Gebrauche zu lassen, und er kann diese Verpflichtung mit einer Einrede oder auch nach Umständen mit der actio commodati contraria (z. B. wenn ich das Pferd eigenmächtig vor der Zeit wieder abholte) gegen mich geltend machen; der Vertrag aber ist ein einseitiger, weil es sich hier nicht von Leistung und einer Gegenleistung handelt (und zwar ein für den A. lukrativer), keineswegs aber ein einseitig verpflichtender, sondern beide Partieen verpflichtend; s. D. commod. 13, 6 l. 17 § 3. Es ist deßhalb auch nicht richtig, wenn Arndts § 212 solche Fälle „Schuldverhältnisse" nennt, „bei welchen wesentlich" und „zunächst nur auf einer Seite eine Verpflichtung begründet ist".

3) Zu den „einseitigen" oder „unentgeltlichen" Verträgen gehören namentlich auch eine Reihe von Verträgen, die den täuschenden Schein entgeltlicher oder wechselseitiger Verträge haben, weßhalb sie auch von Manchen zu den wechselseitigen Verträgen gezählt werden, z. B. von Heise Grundriß Buch III § 164 und von Wening-Ingenheim Civilrecht Buch III § 164. Es sind Dieses die benannten Realkontrakte des römischen Rechts, vermöge deren eine Sache geleistet wird, der Empfänger aber die Verpflichtung übernimmt, seiner Zeit das Empfangene wieder zurückzugeben und zwar bald die empfangene konkrete Sache selbst, die Species (beim Kommodat, Depositum, Faustpfand), bald andere Sachen von gleicher Qualität und Quantität, wie die empfangenen (»tantundem«, beim Darlehen). Allein es beruht auf einer Verwechselung, wenn man

dieſe Verträge zu den wechſelſeitigen rechnet. Die Angeführten geben zwar zu, daß nach römiſchem Recht jene Verträge nicht zu den zweiſeitigen gehört haben, weil ein über ihre Eingehung geſchloſſenes pactum, z. B. das pactum de commodando nicht klagbar geweſen und die klagbare Obligation aus dem Realkontrakt erſt durch die vorangegangene Leiſtung begründet worden ſei; bei uns aber, meinen ſie, ſei Dieſes anders, weil nach deutſchem Recht auch ſchon aus der bloßen Verabredung geklagt werden könne. Dieſer Grund iſt allerdings richtig, aber es folgt daraus gar nicht, daß bei uns dieſe Verträge zweiſeitige ſeien. Zwar leiſtet bei ihnen jede Partie; aber dadurch allein wird ja eine Zweiſeitigkeit des Vertrags, eine Entgeltlichkeit desſelben, noch keineswegs begründet. Es iſt in ſolchen Fällen von einer Leiſtung und einer dieſe Leiſtung vergeltenden Gegenleiſtung gar nicht die Rede; denn es verpflichtet ſich ja hier nur eine Partie zum Geben, die andere bloß zum Wiedererſtatten des Empfangenen, alſo nicht zu einer Gegenleiſtung für das Empfangene, ſondern es verbinden ſich hier gleichſam zwei einſeitige Obligationen; z. B. wenn ich dem A. vertragsmäßig zuſage, ihm ein unverzinsliches Darlehen zu geben oder ihm eine Sache unentgeltlich zum Gebrauch zu leihen: ſo bin ich ihm verpflichtet zur Auszahlung des Darlehens und zur Verſtattung des Gebrauchs; zahle ich ihm nun das Darlehen wirklich aus oder übergebe ich ihm die zu leihende Sache: ſo wird er nun verpflichtet, ſeiner Zeit im erſteren Falle eben ſo viel als er empfing (tantundem), im letzteren Falle die empfangene Sache gehörig wieder zurückzugeben. Dies iſt aber nicht eine Gegenleiſtung für Das, was er bekam; vielmehr iſt für ihn das ganze Geſchäft ein unentgeltliches, lukratives, da er für den Gebrauch des Empfangenen gar Nichts zu bezahlen hat. Ein zweiſeitiger oder entgeltlicher Vertrag würde hier nur dann vorhanden ſein, wenn A. für den Gebrauch ſich zu ſeiner Leiſtung verpflichtet, alſo Zinſen für das Darlehen verſprochen hätte oder Geld für den Gebrauch der Sache, in welchem letzteren Falle aber der Vertrag gar nicht mehr ein Kommodat, ſondern eine Miethe iſt); denn dann iſt Leiſtung und Gegenleiſtung vorhanden; die Gegenleiſtung aber liegt nicht in der Zurückgabe des Empfangenen, ſondern im Bezahlen des gemachten Gebrauchs.

4) Theilt man die Obligationen in zweiſeitige (oder gegenſeitige, wechſelſeitige) und einſeitige: ſo müßte man eigentlich auch die Fälle unter Nr. 2 zu den erſteren zählen. Allein man kann dieſe Eintheilung der Obligationen auch in dem Sinne nehmen, in welchem man die Zwei- und Einſeitigkeit bei den Verträgen nimmt; in dieſem engeren Sinne ſind dann zwei- oder wechſelſeitige Obligationen bloß diejenigen, welche ihrer Natur nach auf Leiſtung und Gegenleiſtung gehen, und einſeitige Obligationen, wenn durch die obligirende Thatſache nicht auch eine Verpflichtung zu einer die Leiſtung vergeltenden Gegenleiſtung begründet wird.

3. Mängel der Verträge in Beziehung auf das Willensmoment*.

Einfluß des Irrthums.

§ 186.

(Arndts §§ 238. 239.)

Bei den Grundſätzen über Irrthum bei Verträgen muß man die zwei verſchiedenen Kategorieen des Irrthums[1] wohl unterſcheiden, nämlich

* Über den Mangel des Vertragswillens überhaupt (Arndts § 237. ſ. oben § 185 Nr. II 2.

[1] S. oben § 72 (Th. I S. 350 f.).

I. Der Irrthum kann ein Beweismoment mangelnder Einwilligung sein; also aus dem Irrthum einer Partei oder beider sich ergeben, daß in wesentlichen Punkten des Vertrags die Einwilligung oder die Übereinstimmung der Partieen fehlte, sog. error essentialis (wesentlicher Irrthum). Es ist dies ein Fall des sog. unechten Irrthums[2]. Hier ist natürlich der Vertrag nichtig, weil es am Vertragswillen oder an der Übereinstimmung der Partieen fehlte[3].

II. In den meisten Fällen aber ist der Irrthum bloß der bewegende Grund (das Motiv) zur Eingehung des Vertrags[4], also bloß ein Irrthum in den Motiven. Hier ist der zum Vertrag erforderliche Wille und Konsens vorhanden, aber die eine Partie befand sich in einem Irrthum, welcher für sie ein bestimmendes Moment zum Wollen des Vertrags, zur Eingehung desselben war, z. B. wenn sie sich irrige Vorstellungen über die Vortheile oder über die Befriedigung machte, die ihr der Vertrag gewähren würde oder über den Werth und die Vorzüge oder über die Unmangelhaftigkeit der Sache, die sie kaufte und dadurch sich zum Vertrag bestimmen ließ. Ein solcher Irrthum ist ein sog. echter[5]; aber er ist außerwesentlich, sog. error concomitans, d. h. für Existenz und Gültigkeit des Vertrags ohne (alle) Bedeutung; es gilt bei ihm der Grundsatz, der überhaupt in der Regel beim echten Irrthum gilt[6], d. h. er ist in der Regel gar nicht zu berücksichtigen[7]; denn hier war der Vertragswille vorhanden; der Irrthum (betraf nicht das Dasein des Vertragswillens, sondern er) bestimmte bloß die Art und Weise seiner Entstehung, die subjektiven Beweggründe, durch welche die Partie sich zum Fassen des Vertragswillens bestimmen ließ. Aber diese sind etwas Innerliches und für den Vertrag an sich Indifferentes, das die irrende Partie lediglich mit sich selbst abzumachen hat.

Natürlich aber finden dann Rechtsmittel statt, wenn der Irrthum in den Motiven durch einen Betrug des andern Kontrahenten erzeugt wurde. Dann hat der Irrende gegen den Betrüger Rechtsmittel[8],

---

[2] S. oben § 72 Lit. B (Th. I S. 352).
[3] Näheres hierüber und hierher gehörige Fälle s. unten in der Beil.
[4] Vgl. oben § 72 Lit. A (Th. I S. 350).
[5] Oben § 72 a. a. O. [6] Th. I S. 351.
[7] Arndts § 237 Note l. Savigny Syst. III S. 112 u. 354.
[8] S. unten § 187.

aber nicht wegen des Irrthums, sondern wegen des an ihm begangenen Betrugs.

Auch gehören nicht zu den Wirkungen des Irrthums die Fälle, in denen ein Kontrahent aus einem Vertrag für gewisse Mängel des Vertragsobjekts zu haften hat, aber diese Haftpflicht dann ausgeschlossen ist, wenn der Kontrahent diese Mängel kannte. Denn hier besteht die Haftpflicht nicht durch den Irrthum dieses Kontrahenten, sondern schon an sich durch den Vertrag; der Verpflichtete hat aber eine exceptio gegen seine Haftpflicht, wenn er beweisen kann, sein Gegner habe die Mängel gekannt[9].

Beilage.

Wesentlicher Irrthum bei Verträgen.

A. Die Fälle des wesentlichen Irrthums sind folgende:

I. Wenn durch ein Mißverständnis der Partieen in wesentlichen Punkten des Vertrags ihre Übereinstimmung gehindert wurde. Dies ist der Fall

1) wenn jede Partie ein anderes Geschäft im Sinne hatte; z. B. wenn ich dem A. meine Sache übergab, um sie ihm zum Gebrauch zu leihen, er aber sie hinnimmt in der Meinung, ich habe sie ihm schenken wollen: so ist weder ein Kommodat noch ein Schenkungsvertrag geschlossen; D. de reb. cred. 12, 1 l. 18 § 1 (vergl. auch Lit. B.). Natürlich ist aber der Irrthum ohne Bedeutung, wenn er bloß in einer falschen Vorstellung von der juristischen Natur des Geschäfts, das man wirklich schloß und schließen wollte, besteht; z. B. A. bestellt bei einem Schuster ein paar Stiefel um 18 M.; dieses ist ein Kauf (s. unten § 209 Beil. II); glaubt aber A., es sei eine Dienstmiethe: so ist doch der Vertrag gültig und nach Kaufsgrundsätzen zu beurtheilen.

2) Wenn jede Partie einen anderen Vertragsgegenstand im Sinne hatte. D. de contrah. emt. 18, 1 l. 9 pr. § 1; d. V. O. 45, 1 l. 83 § 1 l. 137 § 1, Arndts § 238. Zu allgemein ist aber, was Arndts § 238 bei Note f. und in gleicher Weise überhaupt die Meisten (auch v. Bangerow Pandekten III § 604 Nr. I, 2) über Nebensachen behaupten; denn wenn das Mißverständnis bloß Nebensachen betrifft: so kann doch das ganze Geschäft nichtig sein, nämlich wenn dadurch ein wesentliches Mißverständnis über die Quantität des Zugesagten (Nr. 3) erzeugt wurde; z. B. es will Jemand ein Grundstück mir verkaufen, indem er dafür 10,000 M. fordert und dabei noch von einigen Nebenleistungen, die zusammen einen Werth von etwa 1000 M. haben, spricht; wir werden scheinbar einig, es zeigt sich aber nachher, daß er glaubte, ich hätte ihm die Nebenleistungen mit zugesagt, während ich sie ihm in der That nicht zugesagt hatte; hier war der Weggebende der Meinung, daß ihm Mehr versprochen worden sei, als ihm in der That versprochen wurde, und deßhalb muß das ganze Geschäft nach Nr. 3 und nach Dem, was Arndts selbst bei Note h sagt, nichtig sein. Für das Gegentheil spricht auch keineswegs die l. 34 pr. de contrah. emt.; denn diese handelt von einem ganz anderen Falle, von dem, wenn die Partieen darüber einig sind, daß eine Nebensache geleistet werden soll, dieselbe aber so allgemein bezeichnen, daß die Bezeichnung auf verschiedene Sachen paßt, s. oben § 81 Nr. II B. 6 (Th. I S. 405). Betrifft aber das Mißverständnis andere Nebenpunkte, z. B. Zeit oder Ort der Leistung: so ist eben die Sache so zu behandeln,

[9] S. unten § 205—207.

als ob Nichts darüber verabredet wäre, so fern nicht durch den Nebenpunkt die Quantität der Leistung mit bestimmt wird und dadurch der Fall nach Nr. 3 zu beurtheilen ist.

3 Wenn die zugesagte Quantität Gegenstand des Mißverständnisses ist: so ist dasselbe nur dann wesentlich, wenn bei einem entgeltlichen Vertrage die eine Partie glaubte, es sei ihr für ihre Leistung eine größere Quantität versprochen worden, als die andere Partie in der That ihr versprochen hatte, D. loc. 19, 2 l. 52; in allen anderen Fällen gilt das Geschäft, so weit die Parteien in der Quantität übereinstimmen, also für die geringste der gemeinten Summen; l. 52 cit.; D. de V. O. 45, 1 l. 1 § 4.

II. Wenn der Wille einer Partie deßhalb, weil sie in wesentlichen Punkten des Vertrages irrte, mit ihrer eigenen Erklärung nicht übereinstimmt und daher in diesen wesentlichen Punkten ihre Erklärung so, wie sie äußerlich gegeben wurde, in der That eine von ihr nicht gewollte war. Dies ist der Fall:

1 Wenn der Irrthum der Partie den ganzen Inhalt ihrer Erklärung überhaupt betrifft; z. B. wenn Jemand eine unterschobene Vertragsurkunde, die auf ein ganz anderes, als das vorherbesprochene, Geschäft lautet, unterschreibt, ohne sie vorher gelesen zu haben. C. plus. val. 4, 22 cst. 5.

2, Wenn der Irrthum die Identität der Person, mit der man den Vertrag schließen wollte, betrifft, außer der Irrende hätte den Vertrag ohne alle Rücksicht auf die Persönlichkeit des Paciscenten geschlossen; Arndts § 239 Note a, Richelmann Einfluß des Irrthums auf Verträge, 1857 S. 23 ff. Ein Irrthum über Eigenschaften des Kontrahenten dagegen ist außerwesentlich; denn wenn man wirklich mit der betreffenden konkreten Person kontrahiren wollte, weil man gewisse Eigenschaften bei ihr voraussetzte, die sie nicht hat: so ist dies bloß ein Irrthum in den Motiven, also ein außerwesentlicher, nicht zu beachtender. Nur können uns allerdings aus anderen Gründen Rechtsmittel aus dem Vertrage gegen eine solche Person zustehen, z. B. eine Klage auf Ersatz oder auf Aufhebung des Geschäfts wegen dolus, wenn sie sich die mangelnden Eigenschaften andichtete. Ein solcher Irrthum könnte nur dann wesentlich sein, wenn die Partie, mit der man kontrahiren will, lediglich durch eine ihr mangelnde Eigenschaft bezeichnet und bestimmt wird; denn dann wird der Irrthum ein Irrthum über die Identität der Person; mein Württemb. Privatr. III S. 746, 747. Hiernach ist namentlich zu berichtigen, was Bangerow Pandekten III § 604 Nr. II a. E. sagt; vgl. auch Windscheid Pandekten § 76 Note 6.

3, Wenn der Irrthum die Identität des Gegenstandes des Vertrags betrifft, der Versprechende also etwas ganz Anderes versprechen wollte, als er ausdrückte, z. B. wenn er sich verschreibt oder bei der Übergabe eine Sache mit einer anderen verwechselt, sog. »error in corpore«. D. de hered. inst. 28, 5 l. 9 § 1; C. de donat. 8, 54 cst. 10.

4) Der Irrthum über Eigenschaften der konkreten Sache, welche den Vertragsgegenstand bildet, namentlich über den Stoff, aus welchem sie besteht »error in substantia sive materia«), ist keineswegs in allen Fällen wesentlich. Die Ansichten hierüber sind aber sehr verschieden, vergl. Savigny Syst. III S. 276—290, Bangerow Pandekten § 604 Nr. II, 2. Viele halten einen solchen Irrthum dann durchaus für wesentlich, wenn der Leistende den Stoff für einen schlechteren, oder bei entgeltlichen Verträgen der Empfänger ihn für einen besseren hielt. Allein davon allein machen mit Recht die Quellen die Sache keineswegs abhängig; vergl. D. de C. E. 18, 1 l. 9 § 2, l. 10, 11, 14 l. 41 § 1 l. 45. Dagegen behauptet Savigny a. a. O., der Irrthum über den Stoff sei dann wesentlich, wenn die Sache, von der es sich handle, „durch die irrig vorausgesetzte Eigenschaft nach den im Verkehr herrschenden Begriffen zu einer anderen Art von Sachen gerechnet werden muß, als wozu sie wirklich gehört", und dieser Ansicht folgen die meisten Neueren, namentlich auch Arndts § 239 Nr. 2 und Anm. 2, Bangerow l. c., Windscheid Pandekten § 76 Nr. 4. Allein auch sie ist mit den Quellen nicht in Einklang zu bringen. Dieselben

deuten nirgends an, daß hiebei Alles auf die im Verkehr angenommenen Begriffe ankommen solle; auch wäre dies etwas höchst Schwankendes, zumal da im Verkehre häufig dieselben Sachen bald als gleichartige, bald als verschiedenartige genommen werden je nach den verschiedenen Beziehungen, in welchen sie zur Sprache kommen, und so müßte diese Ansicht auf Entscheidungen führen, welche weder dem Sinne der Partieen entsprechen, noch mit einander in Einklang zu bringen sein würden, z. B. daß der Irrthum ein außerwesentlicher sein soll, wenn der Tisch, der nach der Versicherung des Verkäufers von Mahagonnholz sein soll und den ich deßhalb kaufte, bloß von Kirschholz ist, oder wenn ich eine Sache, welche von Blei ist, kaufte, weil ich glaubte, sie sei von Zink, während der Irrthum wesentlich sein soll, wenn ich glaubte, sie sei von Silber. Vgl. auch gegen diese Ansicht Kritz Rechtsfälle IV S. 345 ff., Renaud im Archiv für civilistische Praxis XXVIII S. 260 ff. 277. Besonderes Gewicht legen Savigny S. 286 ff. und Die, welche im Wesentlichen seine Ansicht theilen, auf die Entscheidung in D. de A. E. V. 19, 1 l. 21 § 2, nach welcher in dem in dieser Stelle angeführten Falle der Kaufvertrag gültig, also der Irrthum nicht wesentlich sein soll, »emtionem esse«. Allein es ist sehr die Frage, ob nicht in dieser Stelle zu lesen ist »emtionem non esse«; die letztere Lesart ist die gewöhnliche und wohl überhaupt die aller bekannten Manuskripte außer der Florentina (welche das »non« nicht hat), auch ist sie mit dem übrigen Inhalt der Stelle wohl vereinbar; vgl. auch Cujacius Observationes II, 5. Daß übrigens auch die römischen Juristen über diese Frage nicht einig waren, ergiebt sich schon aus l. 9 § 2 de C. E. 8. 1. Den allgemeinen Principien über sog. echten und unechten Irrthum, wie sie namentlich auch von Savigny anerkannt sind, würde es entsprechen, auch legislativ das Richtigste sein, jeden Irrthum dieser Art für außerwesentlich zu erklären, aber in den nachher zu entwickelnden Fällen dem Verletzten ein Recht auf Anfechtung des Vertrags und überhaupt die Rechtsmittel, welche bei physischen Mängeln des Vertragsgegenstandes zukommen, zu geben. Dieser Ansicht waren auch manche römische Juristen, wie z. B. Marcellus; allein sie wird in l. 9 § 2 de C. E. ausdrücklich verworfen und nach der in dieser Stelle und in noch anderen Stellen gegebenen Entscheidung muß folgender Grundsatz als der geltende angenommen werden:

Wenn die Partieen über die konkrete Sache, die den Gegenstand des Vertrags bilden soll, einig sind, aber über den Stoff, woraus die Sache bestehen soll, gar nicht paciscirt wurde, derselbe überhaupt als bestimmendes Moment nicht berührt wird, z. B. ich kaufe von einem Kaufmann 6 konkrete Leuchter, die ich für silbern halte, ohne daß irgend zwischen mir und dem Kaufmann die Rede von ihrem Stoffe war, es findet sich aber nachher, daß sie nur von Komposition sind: so kann unmöglich irgend darauf Rücksicht genommen werden, ob die eine Partie diese oder jene Vorstellung sich vom Stoffe machte; nicht auf die Vorstellung des Empfängers, wenn er den Stoff für besser hielt (denn das wäre bloß ein Irrthum über Vorzüge der erworbenen Sache, welcher, wie allgemein anerkannt wird, nicht zu beachten ist:, auch nicht auf die Vorstellung des Gebers, wenn er den Stoff für einen schlechteren hielt; denn er hat einmal die bestimmte konkrete Sache zugesagt, ohne irgend Etwas in Rücksicht auf den Stoff auszubedingen. Wenn aber über den Stoff selbst, als ein Moment des Geschäftes, paciscirt und „durch den Stoff" der Gegenstand bestimmt und bezeichnet wird: so bestimmt der Stoff gleichsam die Identität des Gegenstandes selbst, und in einem solchen Falle wird dann ein Irrthum über den Stoff dem Irrthum über die Identität des Gegenstandes gleichgesetzt und deßhalb der Irrthum über die Eigenschaften des Gegenstandes als wesentlich behandelt und das Geschäft für nichtig erklärt, wenn nach der „ausgesprochenen" Voraussetzung und Vereinbarung der Partieen der Stoff, worüber geirrt wird, gleichsam das die Identität der Sache bedingende Moment bildet; es wird dann die Sache, falls sie aus einem anderen, als dem vorausgesetzten Stoffe besteht, als eine völlig andere betrachtet; z. B. wenn Jemand eine Sache von Blei für kupfern, von Messing

für golden, eine plattirte Sache für silbern, einen unechten Stein für einen Diamant, ein Faß voll Öl für gefüllt mit Wein hält und gerade über eine Sache der genannten Art, d. h. des Stoffes, von welchem nach der Erklärung der Partieen die Sache sein sollte, als solche kontrahirt wurde; l. 9 § 2 cit. l. 11 § 1 l. 14 a. E., l. 41 § 1 eod. Dabei ist aber noch Folgendes zu beachten:

a. Der Irrthum ist in einem solchen Falle nur dann wesentlich, wenn jene Beschaffenheit der Sache nicht bloß einen Nebenpunkt beim Geschäfte bildet, z. B. wenn ich bei einem Kunsthändler ein altes Kunstwerk finde und dafür 20 M. biete, er verlangt aber 40 M., weil es von Silber sei, ich ihm daher auch 40 M. zahle, aber nachher finde, daß es nicht von Silber ist: so ist das Geschäft gültig, weil ja das vorausgesetzte Wesen der Sache hier darin besteht, daß sie ein altes Kunstwerk ist, nicht darin, daß sie von Silber ist; ich habe in diesem Falle, weil der Leistende Versicherungen über die Beschaffenheit des Gegenstandes gab, die sich nicht begründet fanden, bloß die Rechtsmittel, welche wegen mangelhafter Beschaffenheit des Vertragsgegenstandes stattfinden. Von einem solchen Falle läßt sich auch die l. 45 D. d. C. Emt. verb. »quemadmodum si vas« ꝛc. über welche die verschiedensten Auslegungsversuche gemacht wurden, vgl. v. Bangerow a. a. O.) erklären.

b. Jene Beschaffenheit der Sache mußte gerade für den Irrenden ein wesentliches Moment bilden, also der Irrthum in der That seinen auf das Rechtsgeschäft gerichteten Willen bestimmt haben; wenn daher z. B. bei lukrativen Geschäften der Empfänger irrte, oder bei onerosen oder lukrativen der Geber glaubte, die Sache sei von besserem Stoffe, als sie wirklich ist: so hat dies auf die Gültigkeit des Vertrags keinen Einfluß. D. de pign. act. 13, 7 l. 1 § 2; de V. O. 45, 1 l. 12, und über diese Stellen Savigny Syst. III S. 298 ff.

c. Es muß über eine konkrete, individuell bestimmte Sache kontrahirt worden sein, nicht bloß über ein Genus. Wenn ich z. B. bei einem Silberarbeiter 6 silberne Leuchter für 150 M. bestelle und er mir 6 Leuchter schickt, welche bloß plattirt sind: so ist der Kaufvertrag natürlich ganz gültig, aber seine Lieferung, die Erfüllung des Vertrages ist eine mangelhafte, nicht vertragsmäßige, und ich kann deßhalb auf Lieferung von silbernen Leuchtern mit der actio emti klagen.

5) Betrifft der Irrthum die Existenz des Vertragsgegenstandes, wurde also der Vertrag über eine Sache geschlossen, die zur Zeit des Abschlusses des Vertrags gar nicht mehr existirte: so ist der Vertrag nichtig, weil er in einem solchen Falle eine physische Unmöglichkeit zum Gegenstand hatte; D. de C. Emt. 18, 1 l. 15 pr. l. 57 pr. § 1 l. 58. Existirt die Sache, aber nur theilweise oder mangelhaft, und die eine Partie oder beide Partieen wußten es nicht: so ist dies bloß ein Irrthum über Eigenschaften der Sache, welcher außerwesentlich ist und wegen dessen bloß die Rechtsmittel des § 304 zulässig sind. Davon handelt der übrige Inhalt der l. 57 cit., welcher aber häufig (zum Theil auch von Arndts § 239 Nr. 3) unrichtig aufgefaßt wird. Nur ist zu beachten, daß als Gegenstand des Vertrags Das gilt, was die Partieen übereinstimmend als den das Wesen des Vertrags bestimmenden Gegenstand behandelten, also z. B. wenn ein Haus verkauft wird, dieses Haus, so daß, wenn es zur Zeit des Abschlusses des Vertrages schon abgebrannt war, ein Fall der Nichtexistenz des Gegenstandes vorliegt, obwohl die Brandstätte noch übrig ist, l. 57, 58 cit.

B. Folgen des wesentlichen Irrthums.— In den Fällen des wesentlichen Irrthums ist der Vertrag nichtig; es treten also die Konsequenzen ein, welche oben in § 84 Nr. I (Th. I S. 421) ausgeführt wurden, s. die unter Nr. I und II angeführten Stellen. Es kann daher jede Partie auf die Nichtigkeit sich berufen, keine Partie auf Leistung belangt werden, die Partie, welche geleistet hat, das Geleistete zurückfordern und zwar in der Regel mit einer condictio indebiti (Arndts § 341), da sie eine Nichtschuld zahlte und durch die Nichtigkeit des Vertrages der Übergang des Eigenthums der gezahlten Sache in der Regel

nicht gehindert wird. Das Eigenthum der Sache nämlich, welche zum Zwecke der Bezahlung übergeben wird, geht bei einem wegen Irrthums nichtigen Vertrage nur dann auf den Empfänger nicht über (so daß also der Übergebende Eigenthümer bleibt und die Sache vindiciren kann), wenn das Mißverständnis oder der wesentliche Irrthum sich auf den Akt der Übergabe selbst, auf die in derselben liegende Veräußerung bezog, oder es an der Absicht, Eigenthum zu übertragen, fehlte, also namentlich

a. in dem oben unter II, 3 angeführten Falle;

b. in dem Falle von Nr. II, 2, wenn der verwechselten Person übergeben wurde;

c. in dem oben unter I, 1 angeführten Falle, wenn in demselben die eine oder andere Partie ein Geschäft im Sinne hatte, das nicht auf Eigenthumsübertragung geht, z. B. der eine Theil die Sache bloß zum Gebrauche leihen wollte, der andere glaubte, sie werde ihm geschenkt. Hatten beide Theile zwar verschiedene Geschäfte, aber jeder Theil ein auf Eigenthumsübertragung gerichtetes, z. B. der eine eine Schenkung, der andere ein Darlehen im Sinne: so geht durch Zahlung des nichtig Zugesagten das Eigenthum auf den Empfänger deßhalb über, weil in einem solchen Falle jedenfalls die Absicht, Eigenthum zu übertragen und zu empfangen vorhanden war; D. de domin. 41. 1 l. 36, Arndts § 145 bei Anm. 4 (zwar ist in l. 18 D. de reb. cred. 12. 1 in einer beiläufigen Bemerkung das Gegentheil gesagt; allein es kann keinen Zweifel leiden, daß hier die l. 36 vorgehen muß, da sie es ist, welche ex professo ausführlich und in ganz allgemeiner Beziehung die Frage behandelt und jedenfalls die Weise, wie sie die Frage entscheidet, der Rechtskonsequenz entspricht;

d. in dem unter I, 2 angeführten Falle, wenn der Vertrag auf Veräußerung einer Species ging; D. de possess. 41, 2 l. 34 pr. Savigny Syst. III S. 273. Zu beachten ist aber noch:

1) Von Entschuldbarkeit des Irrthums hängt der Eintritt dieser Wirkungen nicht ab, d. h. das Geschäft ist bei wesentlichem Irrthum nichtig, sollte er auch vermeidbar gewesen sein, weil bei einem wesentlichen Mißverständnis oder Irrthum es an der Vereinbarung oder Zustimmung, also an einem Erfordernisse des Geschäfts überhaupt fehlt; Arndts § 239 Anm. 3.

2) Kam der Irrende durch die Ungültigkeit des Geschäfts noch in einen besonderen Schaden: so kann er von der anderen Partie Ersatz verlangen, wenn a. sein Irrthum einseitig (sog. »error unilateralis«) war, d. h. die andere Partie wußte, daß er irre, und sich daher durch Benutzung des Irrthums einer Arglist schuldig machte; in diesem Falle kann er wegen dolus auf Ersatz klagen (von einem Haften für bloße culpa, für eine sog. culpa in contrahendo, kann hier nicht, wie Manche, auch Bangerow Pandekten 7. Ausg. I. § 109 meinen, die Rede sein, da bei einem nicht zu Stande gekommenen Vertrag eine Pflicht zur diligentia nicht entstehen konnte), b. wenn er im Vertrauen auf die von der anderen Partie gegebene Garantie kontrahirte, wie in den Fällen von II, 4; hier kann der Irrende aus dieser Garantie auf Ersatz seines Interesses klagen. Zwar glauben Manche, daß hier nicht auf das Interesse geklagt werden könne, weil ja der Vertrag nichtig sei; allein die besondere Garantie, welche der Versprechende giebt, kann gar wohl für sich bestehen und wird durch die Nichtigkeit des Vertrags nicht afficirt und deßhalb kann aus ihr, weil zu ihr der Irrthum keine Beziehung hat, wohl geklagt werden; vgl. auch D. de act. vend. 18, 4 l. 7—9; de C. E. 18, 1 l. 45 a. E.; de A. E. V. 19, 1 l. 21 § 2.

Einfluß von Betrug und Zwang.

§ 187.

Dolus überhaupt und Betrug sind nicht gleichbedeutend; der letztere ist bloß ein Fall des ersteren. Denn dolus überhaupt oder

dolus malus (Argliſt, rechtswidriger Vorſatz) bezeichnet jeden auf eine Rechtsverletzung gerichteten Willen, das Wollen Deſſen, was objektiv rechtsverletzend iſt (wiſſentliches Verletzen)[1].

Ein rechtswidriger Wille kann ausgeführt werden, ohne das Mittel der Täuſchung des Verletzten, z. B. wenn man ihm ſeine Sachen zerſchlägt, ſie ihm raubt ꝛc.; oder kann das Mittel in einer rechtswidrigen Täuſchung des Gegners beſtehen. Dieſen letzteren Fall des dolus bezeichnen wir durch Betrug. Er iſt die Entſtellung oder Unterdrückung oder argliſtige Vorenthaltung der Wahrheit zu rechtswidriger Verückung eines Andern.

Die Römer hatten für den Betrug keinen beſonderen Kunſtausdruck; ſie wenden auf ihn eben die allgemeine Bezeichnung dolus oder dolus malus an[2].

Hiernach hängt der Begriff des Betrugs von der Rechtswidrigkeit der Täuſchung ab. Rechtswidrig aber iſt im privatrechtlichen Verkehr die Unterdrückung, Entſtellung oder Vorenthaltung der Wahrheit zum (vermögensrechtlichen) Nachtheil eines Andern in allen denjenigen Beziehungen, in welchen Wahrheit und Aufklärung über einen Irrthum nach den Grundſätzen von Treu und Glauben zu erwarten iſt[3].

Es giebt daher auch Täuſchungen, die nicht rechtswidrig ſind, weil in ihnen der Getäuſchte gar nicht ein Recht darauf hatte, daß man ihm über den betreffenden Punkt die Wahrheit ſage. In ſolchen Fällen ſprachen die Römer mitunter von einem dolus bonus[4]; z. B. wenn man einem Räuber oder Bettler ſagt, man habe kein Geld bei ſich[5], oder wenn man von einem Käufer oder Miether einen höhern Preis fordert, als das zu Leiſtende an ſich werth iſt[6].

Die Folgen des Betrugs bei Verträgen beſtimmen ſich nach folgenden Grundſätzen:

A. Es iſt möglich, daß durch einen Betrug der Betrogene in einen weſentlichen Irrthum verſetzt wurde[7]. Dann iſt das Ge-

---

[1] Über den Begriff des dolus, des rechtswidrigen Vorſatzes, ſ. oben § 86 Nr. II 1 Th. I S. 443) und § 72 Lit. B 3 (Th. I S. 353).

[2] Vgl. D. de dolo malo 4, 3 l. 1 pr. § 2.

[3] D. l. c. und de minor. 4, 4 l. 16 § 4; locati 19, 2 l. 22 § 3, l. 23. Vgl. auch Cicero de offic. III 15 sq.

[4] D. de dolo malo 4, 3 l. 1 § 3. [5] D. l. c.

[6] D. loc. 19, 2 l. 22 § 3. Ferner Täuſchungen in ſocialen Verhältniſſen, z. B. man ſei nicht zu Hauſe u. ſ. w.

[7] Nämlich wenn er durch den Betrüger über einen der oben in § 186 Beil. bemerkten

schäft nichtig; aber nicht des Betrugs wegen, sondern wegen des wesentlichen Irrthums, in welchem der Betrogene sich befand[8]. Es treten dann die Folgen des wesentlichen Irrthums[9] ein. Aber der Betrogene kann dabei des erlittenen Betrugs wegen auch noch auf Schadenersatz gegen den Betrüger klagen, aber nicht mit einer Klage aus dem Verkauf, da dieser nichtig ist, sondern mit einer Klage aus dem gegen ihn begangenen Delikte des dolus mit der actio doli[10].

B. Wenn aber, was das Gewöhnliche ist, der Betrug im Betrogenen bloß einen außerwesentlichen Irrthum erzeugte, so ist

I. der Vertrag an sich gültig[11]. Denn durch einen solchen Betrug wird der zum Vertrag nöthige Wille im Betrogenen nicht ausgeschlossen, sondern nur in ihm ein irriges Motiv zur Eingehung des Vertrags (oder einer einzelnen Vertragsbestimmung) erzeugt[12]. Ein Irrthum in den Motiven aber macht den Vertrag nicht ungültig[13]. Der durch Betrug veranlaßte Vertrag ist daher in solchen Fällen an sich gültig und durchaus wirksam, was früher bestritten wurde, aber im entschiedensten Widerspruch mit unseren Quellen[14].

II. Aber der Betrogene hat, da in ihm das irrige Motiv zum Vertrag durch den Betrug erzeugt wurde, gegen den Betrüger und dessen Erben wegen dessen Arglist folgende persönliche Rechte:

1) Wenn er (der Betrogene) durch den Betrug seines Kontrahenten zur Eingehung des Vertrags (überhaupt) bestimmt wurde (sog. dolus causam dans) und den erlittenen Betrug nachweisen kann (und der Fall nicht unter Nr. I fällt), so hat er das Recht, den Vertrag anzufechten und ex nunc wieder aufzuheben[15], so daß nun von keiner Seite Leistung verlangt werden kann, oder das etwa Geleistete gegenseitig zurückzugeben ist[16]. Außerdem kann er vom

---

Punkte in Irrthum versetzt wird. Z. B. er verlettet uns, eine untergeschobene Urkunde zu unterschreiben; er unterschiebt statt eines Diamanten einen falschen Stein ꝛc.

[8] Weil es ihm am Vertragswillen fehlte; der Irrthum ist nur ein Erkenntnisgrund des Mangels des Vertragswillens.

[9] S. oben § 186 Beil. unter Lit. B.

[10] S. Arndts § 334.

[11] In einem solchen Falle gilt das oben § 186 Nr. II Ausgeführte.

[12] Z. B. er verspricht sich gewisse Vortheile vom Vertrage; macht sich Illusionen, die ihn zum Vertrage bewegen.

[13] Vgl. oben § 186 Nr. II.

[14] S. Bangerow Pand. III § 605 Anm. 1 und die dort Angeführten.

[15] Nach den oben § 84 Nr. II (Th. I S. 422) ausgeführten Grundsätzen.

[16] Arndts § 237 Note f.

Betrüger und dessen Erben noch Ersatz des ihm durch den Betrug erwachsenen Schadens, seines ganzen Interesses, verlangen, so weit es nicht schon durch die Aufhebung des Vertrags gedeckt ist[17].

Er kann sich aber auch, nach seiner Wahl, auf das Letztere beschränken, d. h. von seinem Anfechtungsrechte keinen Gebrauch machen, also den Vertrag gelten lassen und bloß Schadenersatz verlangen[18].

War der Betrug bloß ein sog. (dolus) incidens, d. h. betraf er bloß Punkte (und Modalitäten) des Geschäfts, die für den Betrogenen nicht das ganze Interesse des Geschäfts bestimmten, also für ihn nicht das Motiv zur Eingehung des Geschäfts überhaupt bildeten: so kann er (nicht den Vertrag selbst, sondern) bloß diese Punkte anfechten und Schadenersatz verlangen[19].

2) Die Rechtsmittel, mit denen der Betrogene die unter Nr. 1 angeführten Rechte geltend machen kann, sind

a. bei negotia bonae fidei, also bei uns bei allen Verträgen[20], eine Klage aus dem geschlossenen Vertrage, weil ja dieser an sich gültig ist, z. B. wenn man zu einem Kaufe durch den Betrug verleitet wurde, die actio emti; wenn zu einer Miethe, die actio conducti[21]. Der Betrogene kann aber auch, wenn die Lage dazu geeignet ist, sein Recht auf Anfechtung excipiendo geltend machen mit der exceptio doli[22]; z. B. wenn der Betrüger gegen ihn aus dem Vertrag auf Erfüllung klagt, excipiendo sich darauf berufen, daß er den Vertrag hiermit wegen Betrugs anfechte und daher nicht zu erfüllen brauche. Diese Einrede kann er auch gegen Den geltend machen, welchem der Betrüger seine Forderung aus dem Vertrag abgetreten hat, weil eine mangelhafte Forderung, also hier die

---

[17] Arndts § 237 Note g. [18] Arndts § 237 Note h.

[19] D. de A. E. V. 19, 1 l. 13 § 4; de iure dot. 23, 3 l. 12 § 1. Mein Handbuch des Württ. Privatrechts II 758. — Er kann überhaupt Das anfechten, wozu er durch den Betrug verleitet wurde, also bald den Vertrag überhaupt, bald einzelne Vertragspunkte. — Beim dolus incidens liegt die Beweislast theilweise auf dem Betrüger, d. h. hat der Betrogene den dolus nachgewiesen, so kann er den ganzen Vertrag anfechten, außer der Betrüger könnte beweisen, daß der Betrug bloß solche Nebenpunkte betraf.

[20] S. oben § 100 a. E. (Th. I S. 517).

[21] D. de A. E. V. 19, 1 l. 11 § 5 l. 13 pr. § 1—6; Cod. de rescind. vend. 4, 44 cst. 5. 8. 11.

[22] Exceptio doli specialis, vgl. oben § 102 a. E. (Th. I S. 533).

ſchäft nichtig; aber nicht des Betrugs wegen, ſondern wegen des weſentlichen Irrthums, in welchem der Betrogene ſich befand[8]. Es treten dann die Folgen des weſentlichen Irrthums[9] ein. Aber der Betrogene kann dabei des erlittenen Betrugs wegen auch noch auf Schadenerſatz gegen den Betrüger klagen, aber nicht mit einer Klage aus dem Verkauf, da dieſer nichtig iſt, ſondern mit einer Klage aus dem gegen ihn begangenen Delikte des dolus mit der actio doli[10].

B. Wenn aber, was das Gewöhnliche iſt, der Betrug im Betrogenen bloß einen außerweſentlichen Irrthum erzeugte, ſo iſt

I. der Vertrag an ſich gültig[11]. Denn durch einen ſolchen Betrug wird der zum Vertrag nöthige Wille im Betrogenen nicht ausgeſchloſſen, ſondern nur in ihm ein irriges Motiv zur Eingehung des Vertrags (oder einer einzelnen Vertragsbeſtimmung) erzeugt[12]. Ein Irrthum in den Motiven aber macht den Vertrag nicht ungültig[13]. Der durch Betrug veranlaßte Vertrag iſt daher in ſolchen Fällen an ſich gültig und durchaus wirkſam, was früher beſtritten wurde, aber im entſchiedenſten Widerſpruch mit unſeren Quellen[14].

II. Aber der Betrogene hat, da in ihm das irrige Motiv zum Vertrag durch den Betrug erzeugt wurde, gegen den Betrüger und deſſen Erben wegen deſſen Argliſt folgende perſönliche Rechte:

1) Wenn er (der Betrogene) durch den Betrug ſeines Kontrahenten zur Eingehung des Vertrags (überhaupt) beſtimmt wurde (ſog. dolus causam dans) und den erlittenen Betrug nachweiſen kann (und der Fall nicht unter Nr. I fällt), ſo hat er das Recht, den Vertrag anzufechten und ex nunc wieder aufzuheben[15], ſo daß nun von keiner Seite Leiſtung verlangt werden kann, oder das etwa Geleiſtete gegenſeitig zurückzugeben iſt[16]. Außerdem kann er vom

---

Punkte in Irrthum verſetzt wird. Z. B. er verleitet uns, eine untergeſchobene Urkunde zu unterſchreiben; er unterſchiebt ſtatt eines Diamanten einen falſchen Stein ꝛc.

[8] Weil es ihm am Vertragswillen fehlte; der Irrthum iſt nur ein Erkenntnißgrund des Mangels des Vertragswillens.

[9] S. oben § 186 Beil. unter Lit. B. [10] S. Arndts § 334.

[11] In einem ſolchen Falle gilt das oben § 186 Nr. II Ausgeführte.

[12] Z. B. er verſpricht ſich gewiſſe Vortheile vom Vertrage; macht ſich Illuſionen, die ihn zum Vertrage bewegen.

[13] Vgl. oben § 186 Nr. II.

[14] S. Bangerow Pand. III § 605 Anm. 1 und die dort Angeführten.

[15] Nach den oben § 84 Nr. II (Th. I S. 422) ausgeführten Grundſätzen.

[16] Arndts § 237 Note f.

Betrüger und deſſen Erben noch Erſatz des ihm durch den Betrug erwachſenen Schadens, ſeines ganzen Intereſſes, verlangen, ſo weit es nicht ſchon durch die Aufhebung des Vertrags gedeckt iſt [17].

Er kann ſich aber auch, nach ſeiner Wahl, auf das Letztere beſchränken, d. h. von ſeinem Anfechtungsrechte keinen Gebrauch machen, alſo den Vertrag gelten laſſen und bloß Schadenerſatz verlangen [18].

War der Betrug bloß ein ſog. (dolus) incidens, d. h. betraf er bloß Punkte (und Modalitäten) des Geſchäfts, die für den Betrogenen nicht das ganze Intereſſe des Geſchäfts beſtimmten, alſo für ihn nicht das Motiv zur Eingehung des Geſchäfts überhaupt bildeten: ſo kann er (nicht den Vertrag ſelbſt, ſondern) bloß dieſe Punkte anfechten und Schadenerſatz verlangen [19].

2) Die Rechtsmittel, mit denen der Betrogene die unter Nr. 1 angeführten Rechte geltend machen kann, ſind

a. bei negotia bonae fidei, alſo bei uns bei allen Verträgen [20], eine Klage aus dem geſchloſſenen Vertrage, weil ja dieſer an ſich gültig iſt, z. B. wenn man zu einem Kaufe durch den Betrug verleitet wurde, die actio emti; wenn zu einer Miethe, die actio conducti [21]. Der Betrogene kann aber auch, wenn die Lage dazu geeignet iſt, ſein Recht auf Anfechtung excipiendo geltend machen mit der exceptio doli [22]; z. B. wenn der Betrüger gegen ihn aus dem Vertrag auf Erfüllung klagt, excipiendo ſich darauf berufen, daß er den Vertrag hiermit wegen Betrugs anfechte und daher nicht zu erfüllen brauche. Dieſe Einrede kann er auch gegen Den geltend machen, welchem der Betrüger ſeine Forderung aus dem Vertrag abgetreten hat, weil eine mangelhafte Forderung, alſo hier die

---

[17] Arndts § 237 Note g. [18] Arndts § 237 Note h.

[19] D. de A. E. V. 19, 1 l. 13 § 4; de iure dot. 23, 3 l. 12 § 1. Mein Handbuch des Württ. Privatrechts II 758. — Er kann überhaupt Das anfechten, wozu er durch den Betrug verleitet wurde, alſo bald den Vertrag überhaupt, bald einzelne Vertragspunkte. — Beim dolus incidens liegt die Beweislaſt theilweiſe auf dem Betrüger, d. h. hat der Betrogene den dolus nachgewieſen, ſo kann er den ganzen Vertrag anfechten, außer der Betrüger könnte beweiſen, daß der Betrug bloß ſolche Nebenpunkte betraf.

[20] S. oben § 100 a. E. (Th. I S. 517).

[21] D. de A. E. V. 19, 1 l. 11 § 5 l. 13 pr. § 1—6; Cod. de rescind. vend. 4, 44 cst. 5. 8. 11.

[22] Exceptio doli specialis, vgl. oben § 102 a. E. (Th. I S. 533).

anfechtbare Forderung nur mit ihrem Mangel auf den Ceſſionar übergeht[23].

b. Bei negotia stricti iuris war es nach römiſchem Recht (weſentlich) anders; bei dieſen (z. B. einer stipulatio) brachte es ihre ſtrikte Natur[24] mit ſich, daß auf dolus gar keine Rückſicht genommen wurde, der Betrogene alſo nicht aus dem Vertrage ein Rechtsmittel hatte, außer wenn dem Vertrag ausdrücklich die clausula doli beigefügt war[25]. Erſt ein Prätor Caſſius fügte[26] eine exceptio doli auf Anfechtung des Geſchäfts ein, und erſt zu Cicero's Zeit im Jahre 688 Roms) führte der Prätor Aquilius Gallus gegen Den, der eines dolus überhaupt (nicht bloß eines Betrugs) ſich ſchuldig machte, eine actio doli ein[27], mit welcher nun auch bei negotiis stricti iuris wegen Betrugs auf Aufhebung und Schadenerſatz geklagt werden konnte, die jedoch als Deliktsklage nur ſehr beſchränkt gegen die Erben des Betrügers ging[28]. Bei uns aber iſt bei Verträgen (wohl aber ſonſt) dieſe actio doli gar nicht mehr nöthig, da bei uns Alles nach den Grundſätzen der römiſchen negotia bonae fidei geht, alſo mit der Klage aus dem Vertrag, die auch gegen die Erben des Betrügers geht, geklagt werden kann[29].

3) Das Recht, auf Schadenerſatz (aus dem Vertrage) zu klagen, geht auch gegen die Erben des Betrügers, und zwar unbeſchränkt[30]; natürlich aber nicht gegen Diejenigen, auf welche der Betrüger ſeine Rechte aus dem Vertrage titulo singulari übertrug (wenn ſie nicht am Betrug Theil nahmen).

III. Wurde man durch Betrug des Kontrahenten verleitet, an ihn eine Sache zu veräußern, z. B. ſie ihm auf Kredit zu verkaufen und zu tradiren, ſo iſt, wie der Vertrag überhaupt, ſo auch die Veräußerung an ſich ganz gültig (Nr. I); das Eigenthum geht alſo durch

---

[23] Arndts § 256 Note h. Auch das Recht auf Schadenerſatz kann durch die exceptio compensationis geltend gemacht werden, aber nur gegen den Beſitzer und ſeine Erben.

[24] Vgl. oben § 100 (Th. I S. 515).

[25] Was man einem Paciscenten doch nicht gern zumuthet.

[26] Wohl im 6. Jahrhundert Roms. Vgl. Bangerow Pand. I 318; Burchardi Röm. Privatr. II S. 681.

[27] Vgl. Arndts § 334.

[28] S. oben § 89 Beil. I Lit. B Nr. I 1 (Th. I S. 467). Vgl. Bangerow Pand. I § 185 (S. 318 f.). Meine Erörterungen II S. 51 ff.

[29] S. oben § 100 (Th. I S. 517).

[30] S. oben § 89 Beil. I Nr. II (Th. I S. 468).

die Tradition auf den Betrüger über. Wenn daher dieſer die Sache weiter an einen Dritten veräußert, ſo geht nun auf dieſen das Eigenthum über, der Betrogene aber kann dieſem Dritten die Sache nicht abfordern. Denn vindiciren kann er ſie nicht, da er nicht mehr Eigenthümer iſt, und aus dem Betrug iſt dem Betrogenen der jetzige Eigenthümer nicht obligirt, da dieſer nicht am Betrug Theil genommen hatte[31]. In einem ſolchen Falle bleibt dem Betrogenen bloß die Erſatzklage gegen den Betrüger und deſſen Erben übrig[32].

Aus dem eben Ausgeführten folgt, daß, wenn die abgeſchwindelte Sache ſpäter zufällig wieder in die Hand des Betrogenen kommt, der Dritte, an den ſie der Betrüger veräußert hatte, ſie vom Betrogenen vindiciren kann. Denn er iſt Eigenthümer der Sache; dem Eigenthümer aber ſteht keine Einrede aus einem Betrug entgegen, an dem er nicht Theil genommen hat[33]. Hievon giebt es aber eine Ausnahme. Der Betrogene kann in dem Falle den Dritten mit der exceptio doli abweiſen, wenn dieſer die Sache vom Betrüger durch ein unentgeltliches Rechtsgeſchäft, z. B. durch Schenkung, Vermächtnis[34] bekommen hatte[35].

C. Es kann vorkommen, daß man durch einen Betrüger verleitet wird, mit einem Dritten einen Vertrag einzugehen, ohne daß dieſer vom Betrug weiß. Hier hat man dann gegen den Kontrahenten, der am Betruge nicht Theil nahm, natürlich kein Recht aus dem Betruge; man kann daher hier den Vertrag nicht wegen Betrugs anfechten, ſondern bloß mit der Deliktsklage (der actio doli) den Betrüger auf Erſatz belangen[36].

---

[31] Cod. de rescind. vend. 4, 44 cst. 10.

[32] Mein Württemb. Privatr. II S. 842 f. — Arndts § 237 Note f. g. Vgl. auch (über das von Manchen behauptete Recht einer in integrum restitutio) oben § 114 Nr. IV (Th. I S. 579).

[33] Vgl. oben § 68 Beil. II Nr. I 2 (Th. I S. 318). D. de doli exc. 44, 4 l. 2 § 1, l. 4 § 27. 31.

[34] S. oben § 68 Nr. I (Th. I S. 311).

[35] D. l. c. l. 4 § 27 (in den Worten: »si autem« ꝛc.) und § 29—31.

[36] Wenn aber durch den Betrug ein weſentlicher Irrthum in uns erzeugt wurde, ſo gilt auch hier das unter Nr. I A Geſagte, d. h. der Vertrag iſt nichtig, weil es ſolchenfalls an einem Vertragserforderniß fehlt. Nur kann man mit der actio doli natürlich nicht gegen den unſchuldigen Kontrahenten, ſondern nur gegen den Betrüger auf Erſatz klagen.

Zwang oder Erpressung[37]. Wird Jemand durch Drohungen zur Eingehung eines Vertrags bestimmt, so ist ebenfalls der Vertrag, weil auch hier der Mangel bloß im Motiv liegt[38], an sich ganz gültig. Der Gezwungene hat aber wegen des erlittenen Zwangs nicht nur dieselben Rechtsmittel gegen den Erpressenden, die man gegen den Betrüger hat (also eine Klage aus dem Vertrag auf Aufhebung desselben und auf Schadenersatz), sondern er hat, weil man sich vor Zwang nicht so wahren kann, wie vor Betrug, noch viel weiter gehende Rechte, wenn die Drohungen schwere waren; nämlich

a. das Recht, das Erpreßte sogar jedem dritten Besitzer mit einer persönlichen Klage, mit einer actio personalis in rem scripta, mit der actio quod metus causa abzufordern[39];

b. ein Recht auf restitutio in integrum wegen des Zwangs[40], und

c. das Recht, gegen seinen Kontrahenten auf Aufhebung des Vertrags und Zurückgabe des Geleisteten selbst dann zu klagen, wenn ein Dritter es war, welcher, ohne daß der Kontrahent davon wußte, den Zwang (die Drohungen) zufügte[41].

Beilage.

Zwang, insbesondere bei Verträgen. Eine geschichtliche Darstellung der verschiedenen Ansichten über den Einfluß des Zwanges von der Glosse an giebt A. Schliemann Die Lehre vom Zwange, 1861 S. 179—201. — Man muß hier unterscheiden:

A. Zwang durch Drohungen (sog. kompulsive Gewalt, Erpressung). Diese schließen an sich die Möglichkeit der Selbstbestimmung und den Willen nicht aus; man könnte ja das gedrohte Übel über sich ergehen lassen, anstatt den Vertrag zu schließen. In so fern ist also ein durch Drohungen bewirktes Geschäft ein vom Bedrohten gewolltes („coactus voluit"); aber die Richtung seines Willens und seine Handlung wurde doch durch die Drohung, durch die Furcht bestimmt. Es liegt also auch hier, wie beim Betruge, bloß ein Mangel in den Motiven vor. Deßhalb ist das erzwungene Geschäft so wenig nichtig, wie das durch Betrug veranlaßte; es ist an sich durchaus gültig; D. quod met. caus. 4, 2 l. 21 § 5; de rit. nupt. 23, 2 l. 22. Wenn Viele, namentlich Ältere, glaubten, daß ein solches Geschäft nichtig sei: so liegt dieser Meinung entschieden eine unrichtige Auffassung der römischen Quellen zu Grunde, wie schon aus den nachher auszuführenden Rechtsmitteln sich ergiebt, welche durchaus die Gültigkeit des Vertrages voraussetzen; s. besonders Burchardi Wiedereinsetzung S. 351 ff., Savigny Syst. III S. 103 ff., Bangerow III § 605 Anm. 2, Windscheid Pandekten § 80 Note 2 (Letzterer besonders auch gegen Das, was Schliemann, a. a. O. S. 61 ff. 95 ff. 104 ff. für die Nichtigkeit des Geschäfts

[37] Die Litteratur s. bei Arndts § 61 Anm. 1. Zu vergleichen ist besonders Schliemann Die Lehre vom Zwange (1861). Windscheid Pand. § 80 Note *.

[38] Vgl. oben § 71 (Th. I S. 348).

[39] Vgl. oben § 36 Nr. V b (Th. I S. 183).

[40] S. oben § 114 Nr. III (Th. I S. 579).

[41] Über all Dieses s. die Beil.

ausführt). Dies ist namentlich für den Übergang des Eigenthums bei erpreßten Rechtsgeschäften wichtig. Wurde Jemand durch Drohungen bewogen, seine Sache zu verkaufen und sofort zu tradiren: so geht das Eigenthum auf den Empfänger über, eben weil in einem solchen Falle der Kaufvertrag und die Tradition an sich ganz gültig sind.

Aber für den Gezwungenen ist der Vertrag des erlittenen Zwanges wegen anfechtbar (vgl. oben § 84 Th. I S. 422 Nr. II), wie er es beim Betrug ist, weil ihm durch eine eigenmächtige widerrechtliche Handlung das Motiv zur Eingehung des Geschäfts aufgedrungen wurde. Die Rechtsmittel aus dem Zwange müssen aber noch weiter gehen, als die aus dem Betruge; denn gegen Zwang kann man sich in der Regel nicht durch Achtsamkeit schützen und er wirkt gegen den Handelnden mit einer solchen Übermacht, daß der dadurch bestimmte Wille auch in seinen rechtlichen Folgen gegen Dritte muß unwirksam gemacht werden können. Hierdurch begründen sich unter Beachtung der nachher unter II auszuführenden Requisite

I. folgende von unseren Quellen beim Zwang zugelassene Rechtsmittel:

1) Der Zwang begründet ein Recht auf Anfechtung des erzwungenen Geschäfts und auf Schadenersatz. Der Gezwungene kann daher mit der Klage aus dem erzwungenen Geschäft (actio venditi, locati ꝛc.) auf Aufhebung des Geschäfts und auf Schadenersatz gegen den Zwingenden und dessen Erben klagen, oder wenn der Zwingende oder sein Rechtsnachfolger gegen ihn aus dem Geschäfte klagt, mit der Einrede des Zwanges das Geschäft anfechten; er kann aber auch statt dessen, wenn er das Geschäft gelten lassen will, sich mit der Klage auf Schadenersatz begnügen; C. de resc. vend. 4, 44 cst. 1, 8; de transact. 2, 4 cst. 13; de his, quae vi 2, 20 cst. 12. Nur galt nach römischem Recht Besonderes bei negotiis stricti iuris; denn bei diesen war ein Rechtsmittel aus dem Geschäfte wegen Zwanges nicht zulässig, indem die strikte Natur des Geschäftes gegen die Beachtung solcher Mängel in den Motiven war; hier half aber das prätorische Edikt durch Einführung besonderer Rechtsmittel, einer actio »quod metus causa« und einer »exceptio metus«, s. Nr. 3.

2) Der Gezwungene hat aber ein noch weitergehendes Recht; er kann sich wegen des erlittenen Zwanges gegen das erzwungene Geschäft in integrum restituiren lassen, wodurch die in Folge des Zwanges von ihm aufgegebenen oder geänderten Rechtsverhältnisse direkt so wiederhergestellt werden, wie sie vorher bestanden; D. quod met. caus. 4, 2 l. 9 § 3, 4, 7 l. 21 § 6; C. de his quae vi 2, 20 cst. 5, 7, wobei aber auch er herausgeben muß, was er für das Erpreßte erhalten hatte, C. h. t. 2, 20 cst. 2. Diese Restituten, welche in manchen Fällen, z. B. bei erzwungener Antretung oder Ausschlagung einer Erbschaft (D. h. t. 4, 2 l. 21 § 5, 6) gründlicher hilft, als das Rechtsmittel unter Nr. 3 (vgl. v. Keller Institutionen 1861 S. 159 ff.), geht auch gegen Dritte »in rem«); z. B. wenn A. mich zwang, meine Sache an ihn zu veräußern und ihm zu tradiren (also nach dem Angeführten mein Eigenthum auf ihn überging) und er sie an einen Dritten weiter veräußerte, somit auf Diesen das Eigenthum übertrug: so kann ich mich auch gegen diesen Dritten wegen des von A. erlittenen Zwanges gegen die geschehene Veräußerung in integrum restituiren lassen; es wird mir dann unmittelbar durch den richterlichen Spruch mein früheres Eigenthum (wenn ich beweisen kann, daß ich wirklich früher Eigenthümer war) wiederhergestellt und ich kann nun die Sache dem Dritten mit der rei vindicatio abfordern; D. h. t. 4, 2 l. 9 § 4, 6; C. h. t. 2, 20 cst. 3; Savigny Syst. VII § 330.

3) Der Gezwungene hat noch ein besonderes (durch einen Prätor Octavius um das Jahr 674 Roms eingeführtes) Rechtsmittel, die Zwangsklage (actio »quod metus causa«), welche zuerst für negotia stricti iuris eingeführt, auch auf negotia bonae fidei erstreckt wurde (meine Erörterungen II S. 51 ff.), also bei allen durch schwere Drohungen erpreßten Geschäften gilt vgl. auch Lit. B. Diese Klage a. ist eine persönliche Klage aus dem Delikt des Zwanges; um mit ihr durchzudringen hat man daher bloß zu beweisen, daß

verneinen sie. Allein sollte in dieser Hinsicht bei der absoluten Gewalt nicht wenigstens Dasselbe gelten, was bei der bloßen kompulsiven eingeräumt ist? Auch spricht für die Bejahung der Frage D. h. t. 4, 2 l. 9 pr. verb. »aliter atque si« ꝛc. vgl. auch l. 1 a. E. l. 2 eod. Bejaht wird namentlich die Frage von Cocceji »Ius civ. controvers.« IV, 2 quaest. 1 und daselbst Note l. von Eminghaus, Glück Pandektenkomm. V S. 492. — Über die Konkurrenz dieser unter a—e angeführten Klagen gilt das in § 96 Beil. I (Th. I S. 492. Lit. A Ausgeführte.

4. Wirkung der Verträge.

Die Wirkung der Verträge überhaupt und ihre Bestärkung.

§ 188.

(Arndts § 240.)

Ein gültiger obligatorischer Vertrag erzeugt eine Obligation auf Leistung des im Vertrag Bedungenen; aber nach dem allgemeinen Charakter der Obligation in der Regel bloß gegen Den, der die Leistung zusagte und dessen Universalnachfolger[1]. Diese Obligation ist nach deutschem Rechte mit wenigen Ausnahmen klagbar[2].

Diese Wirkungen können durch besondere Verabredung noch bekräftigt und bestärkt[3] werden, d. h. durch vereinbarte Nebenbestimmungen, die den Zweck haben, dem Rechte aus der Obligation besondere Sicherung oder Kraft zu geben. Hierher gehört namentlich, wenn der Schuldner einen Bürgen für die Schuld stellte oder ein Pfand; oder ein constitutum[4] über die Schuld schließt, oder wenn bei Abschluß des Vertrags des sichern Beweises wegen Zeugen zugezogen werden; ferner Alles, was dem Schuldner ein dringendes Motiv zur Erfüllung seiner Schuld geben kann, namentlich wenn der Kontrahent veranlaßt wird, eine Konventionalstrafe für den Fall der nicht gehörigen Erfüllung zu versprechen[5]; oder wenn eine arrha (Haft- oder Draufgeld, Handgeld) gegeben wird[6], oder man den Schuldner veranlaßt, die gehörige Erfüllung des Vertrags eidlich zu geloben.

Beilage.

Der Versprechenseid (sog. iuramentum »promissorium«) hat in der Regel nicht eine besondere juristische Wirkung. Er soll dem Schwörenden nur

---

[1] Vgl. oben § 36 Nr. III (Th. I S. 179) und § 68 Beil. II Nr. I 2 und Nr. II (Th. I S. 318 f.).

[2] S. oben § 180.

[3] Sie können beschränkt sein, wenn die Obligation mangelhaft ist, vgl. Arndts § 217 Anf.

[4] Arndts § 351. [5] Arndts § 211.

[6] Arndts § 240 Nr. 2, Savigny Obligationenrecht II § 79.

ein dringendes *sittliches* Motiv zur gehörigen Erfüllung der übernommenen Verpflichtung geben, eine stärkere juristische Wirkung aber, als das Geschäft an sich hat, bekommt es durch einen solchen Eid nicht; namentlich werden Mängel des Geschäfts durch den Eid nicht gehoben, indem sonst die Partieen mit ihrem Eid sich gleichsam über das Gesetz stellen könnten*. Das römische Recht erkennt diesen Grundsatz durchaus an, D. d. pact. 2, 14 l. 7 § 16; C. d. legib. 1, 14 cst. 5 § 1, und macht von ihm im Privatrecht nur zwei Ausnahmen; die eine davon ist bei uns unpraktisch (D. de op. libert. 38, 1 l. 7), die andere betrifft das Recht eines Minderjährigen auf *Restitution*. Es wird nämlich in C. si adv. vendit. 2, 28 cst. 1 einem *pubes minor* eine erbetene in integrum restitutio gegen eine *an sich gültige* (also, wenn er bevormundet war, *mit* Zustimmung des Vormunds geschehene und so weit es nöthig ist durch ein decretum magistratus gestattete) Veräußerung abgeschlagen, weil er die Veräußerung durch einen Eid bestätigt hatte; s. auch v. *Savigny* Syst. VII S. 50. Diese Stelle wurde aber schon von einigen Glossatoren unrichtig aufgefaßt; sie glaubten, sie spreche den Grundsatz aus, daß jedes von einem pubes minor eingegangene Geschäft, selbst *wenn es an sich nichtig sei* (z. B. Veräußerung einer Sache *ohne* Zustimmung des Vormundes und *ohne* das erforderliche richterliche Dekret), für ihn gültig und verbindlich werde, wenn er es beschworen habe, und einer der Glossatoren *Martinus* (aber im Widerspruch mit der Ansicht der meisten Glossatoren) bestimmte den Kaiser *Friedrich* Barbarossa, diese Meinung durch die Authentica Fridericiana »sacramenta puberum« in C. l. c. zum Gesetz zu erheben; *Arndts* § 240 Anm. 1, v. *Savigny* Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter 2. Ausgabe Bd. IV S. 183—192.

Noch weiter ging aber das *kanonische* Recht. Es erwähnt einiger Fälle unwirksamer Rechtsgeschäfte und legt bei denselben, wenn eine Partie sie beschwört, dem Eide die Wirkung bei, daß diese Partie angehalten werden soll, sie zu erfüllen. Diese Fälle sind: a. wenn die Ehefrau in die dem Manne untersagte Veräußerung eines *fundus dotalis* eidlich einwilligt, X. de iureiur. 2, 24 cap. 28; in VI^to^ e. t. 2, 11 cap. 2. — b. Verzicht auf eine noch *nicht deferirte Erbschaft*; in VI^to^ de pact. 1, 18 cap. 2. — c. als einen dritten Fall nahm stets die herrschende Ansicht auf Grund des cap. 9 X l. c. *den* an, wenn eine Frau eine von ihr eingegangene *Intercession* beschwört. Zwar spricht das cap. 9 cit. nicht von Interceſſionen; allein jene Ansicht ging in ein durch unzählige Akte anerkanntes Gewohnheitsrecht über. Das kanonische Recht stützt jene Entscheidungen darauf, daß ein Eid zu halten sei, so fern nicht dadurch das Seelenheil gefährdet und nicht gegen die Rechte Dritter angestoßen werde. — Darüber aber, welche Bedeutung diesen Entscheidungen zu geben sei, ist viel Streit. Die Meisten behaupten, man müsse den angeführten Entscheidungs*grund* als *einen allgemeinen Rechtssatz* behandeln, so daß also jedes nichtige oder anfechtbare Geschäft gültig oder unanfechtbar werde, wenn die Partieen es beschwören, falls es nur nicht gegen die Rechte Dritter anstoße. Dieser Ansicht ist auch *Arndts* § 240. Dabei sind aber die Anhänger dieser Ansicht über Einzelnes unter sich in Streit, z. B. ob das Gleiche auch bei absolut verbotenen Geschäften gelte, ferner ob das Geschäft nur für den Schwörenden oder auch für seine Erben verpflichtend werde. Andere dagegen behaupten, das kanonische Recht habe *nur* in den angeführten Fällen eine Entscheidung treffen und sie durch jenen Grund koloriren wollen; es sei aber jedenfalls unsicher und ungewiß, ob es auch in anderen Fällen nichtiger oder anfechtbarer Geschäfte den gleichen Grundsatz angewendet wissen wollte, und so müsse man jenen kanonischen Grundsatz auf die *angeführten* besonderen Fälle beschränken. — Diese letztere Ansicht ist auch wohl die richtige, da der Sinn des kanonischen Rechts nicht un-

* Das oben Gesagte gilt durchaus und *ohne* Ausnahme, wenn Jemand eine Verbindlichkeit durch sein *Ehrenwort* bestärkt. Eine solche Bestärkung ist privatrechtlich bedeutungslos, *macht* also namentlich *eine ungültige Schuld nicht gültig*. Vgl. auch Reichsstrafgesetzbuch § 302.

zweifelhaft ist und singuläre Bestimmungen im Zweifel strikt zu interpretiren sind; s. besonders Malblanc Doctrin. de iureiurand. 2 ed. Tub. 1820 § 118, Mühlenbruch Fortsetzung von Glücks Kommentar. Bd. 38 S. 191 f., Pfeiffer Praktische Ausführungen III S. 177 f.

Das Resultat ist daher: der promissorische Eid hat eine besondere juristische Wirkung bloß in folgenden Fällen und zwar 1. die Wirkung, das beneficium restitutionis auszuschließen, wenn ein Minderjähriger eine an sich gültige Veräußerung beschwört; 2. die Wirkung, ein an sich ungültiges Geschäft gültig zu machen, in den drei unter a—c angeführten Fällen (in dem Falle unter b ist aber durch das deutsche Recht der Eid bedeutungslos geworden, weil es auch unbeschworene Erbverzichte als gültig behandelt) und in dem Falle der Authentica sacramenta puberum (in welchem aber viele Partikularrechte, namentlich das sächsische und das württembergische sehr mit Recht dem Eide jede juristische Wirkung versagen, also die angeführte Authentica aufheben). — Von selbst versteht es sich aber, daß eine Partie, wenn sie der anderen die Erfüllung eines gültigen, aber anfechtbaren Geschäfts eidlich zusagt und dabei mit ihrem Anfechtungsrecht bekannt war, dadurch ihr Anfechtungsrecht verliert. Allein Dieses tritt hier nicht als besondere Wirkung des Eides ein, sondern das Geschäft wird deßhalb unanfechtbar, weil in einem solchen Falle in dem Beschwören ein Verzicht auf das Anfechtungsrecht liegt.

Ordnung in der Erfüllung.

§ 189.

Bei entgeltlichen oder sog. oneroſen Verträgen entsteht noch die Frage, welche Partie mit der Erfüllung beginnen müsse. Hier ist zu unterscheiden:

1) In der Natur der Sache gewisser entgeltlicher Verträge liegt es, daß man die versprochene Gegenleistung erst dann und nur in so weit zu zahlen hat, wenn und in wie weit die andere Partie das geleistet hat, was sie schuldig ist. Dies ist der Fall, wenn für eine Gebrauchsverstattung, und wenn für ein Thun im engern Sinne[1] die Gegenleistung zu geben ist. In solchen Fällen muß Derjenige, der sich zur Gebrauchsverstattung oder zum Thun (im engern Sinne) verpflichtet hat, mit der Erfüllung den Anfang machen, z. B. der Vermiether und Verpachter kann erst, wenn er vollständig erfüllt hat, also erst nach Beendigung des Verhältnisses oder wenn die Zahlung auf Termine verabredet wurde, je nach Ablauf eines Termins, Zahlung verlangen[2]. Natürlich können die Partieen das Gegentheil verabreden, wo dann aber die Zahlung bei Anfang des Zeitraums eine Pränumeration, eine Vorausbezahlung ist.

---

[1] S. oben § 167 a. E.

[2] Arndts § 312 Nr. 1 § 315 bei Note a.

2) Dagegen liegt es in der Natur entgeltlicher Veräußerungsverträge, z. B. des Kaufs, des Tauschs[3], daß, wenn nicht Anderes verabredet ist, an sich jeder Theil sofort zur Erfüllung verbunden, daß, wie man sagt, Zug um Zug zu leisten ist. Klagt daher der eine Theil auf Erfüllung, ohne selbst sich zur sofortigen Erfüllung seiner Schuld bereit zu erklären, so kann der Beklagte ihn mit der exceptio non impleti contractus abweisen. Es ist dies eine dilatorische Einrede, eine exceptio retentionis[4]. Denn der Beklagte behauptet eben durch diese Einrede, er könne seine Leistung so lange zurückhalten, bis der Kläger seine Gegenleistung erfülle oder zur sofortigen Erfüllung bereit sei. Kann hier nun der Kläger replicando anführen und beweisen, entweder daß er seine Gegenleistung nicht mehr schuldig sei, z. B. daß er sie schon erfüllt habe, — oder daß ihm wegen der Gegenleistung Kredit gegeben worden sei, so beseitigt er dadurch die Einrede des Beklagten. Kann er aber eine solche Replik nicht nachweisen, so ist der Kläger zur Zeit abzuweisen, wenn er nicht leistet[5]. — Viele sprechen auch noch von einer exceptio non rite impleti contractus (als verschieden von der exceptio non impleti contractus). Allein Das, was sie darunter begreifen, fällt zum Theil unter die exceptio non impleti contractus; so weit dies aber nicht der Fall ist, bezieht es sich gar nicht auf Kontraktserfüllung. Sie verstehen nämlich darunter den Fall, wenn bei entgeltlichen Veräußerungsverträgen, die Partie, welche auf ihre Leistung verklagt ist, z. B. der Käufer, der auf den Preis belangt wird, zugiebt, der Kläger habe ihm bereits eine Leistung aus dem Vertrag gemacht, aber

a. excipirt, der Kläger habe ihr nicht Alles geleistet, was er ihr schuldig sei oder habe ganz andere Dinge geleistet, als die schuldigen, sie brauche daher ihre Gegenleistung noch nicht zu zahlen. Dies ist nichts Anderes, als ein Fall der exceptio non impleti contractus; denn eine bloße Stückzahlung und die Zahlung eines ganz andern Objekts als des geschuldeten, ist überhaupt keine gültige Zahlung; es muß daher auch hier der Kläger beweisen, daß er den wirklich geschuldeten Gegenstand vollständig geleistet habe, oder daß ihm das Recht zu

---

[3] Vgl. oben § 167.
[4] Arndts § 234 Note b.
[5] Arndts § 234 Note b. c. und Anm. 2, Heerwart im Arch. für civil. Prax. Bd. VII S. 335. Bd. XIV S. 209 f., Bd. XVIII S. 387 f.

einer Stückzahlung oder zur Zahlung eines ganz anderen Objekts vertragsmäßig eingeräumt worden ſei[6].

b. Wenn aber der ſchuldige Gegenſtand wirklich geleiſtet wurde, z. B. es hat Jemand eine konkret beſtimmte Sache (eine species) verkauft und dem Käufer übergeben und verklagt nun dieſen auf den Preis, dieſer aber wendet ein, er habe an der Sache phyſiſche Mängel entdeckt und verlangt deßhalb excipiendo Aufhebung des Vertrags oder Minderung ſeiner Gegenleiſtung[7], ſo iſt dieſe Einrede gar nicht eine exceptio non rite impleti contractus; denn der Kläger hat ja den ſchuldigen Gegenſtand geleiſtet; ſondern es iſt ein beſonderes Recht, das der Beklagte wegen des Mangels der Sache geltend macht, und durch das er ſich gegen die Klage ſchützen will (ein Recht auf Aufhebung des Vertrags oder auf Minderung ſeiner Gegenleiſtung) und das er durch eine exceptio redhibitoria oder durch eine exceptio quanti minoris geltend macht; hier verſteht es ſich aber von ſelbſt, daß die Beweislaſt auf dem Beklagten ruht, d. h. er hat das Fundament dieſer Einrede nachzuweiſen, alſo daß die Sache zur Zeit des Vertrags dieſe Mängel hatte[8].

Die Wirkung obligatoriſcher Verträge zum Beſten Dritter.

§ 190.

(Arndts §§ 245—248*.)

Unter die zu Gunſten eines Dritten eingegangenen Verträge fallen im weitern Sinn auch die, welche ein Stellvertreter als ſolcher für den Principal ſchließt. Im engern und eigentlichen Sinn aber verſteht man unter Verträgen zum Beſten Dritter nur die Fälle, welche nicht unter Stellvertretung fallen, alſo wenn eine Partie bei einem Vertrag, den ſie nicht als Stellvertreter des Dritten ſchließen

---

[6] D. de A. E. V. 19, 1 l. 13 § 8. [7] S. unten § 206.

[8] D. de probat. 22, 3 l. 3 § 4; Cod. de aedil. act. 4, 58 cst. 3. 5. Heerwart l. c. Arch. Bd. VII S. 353 ff., Bd. XIV S. 209 f.

* Arndts entwickelt in dieſen §§ die wichtige Lehre der Eingehung von Rechtsgeſchäften überhaupt und von Verträgen insbeſondere durch Stellvertreter. Allein dieſe mußte ſchon im allgemeinen Theil entwickelt werden, ſ. oben § 83 (Th. I S. 407 ff.). Über Das, was Arndts in § 246 bei Note a und b ſehr ungenau ſagt und was er in § 247 ausführt, gehört das Nähere in die Lehre von der väterlichen Gewalt (ſ. unten § 255); über Arndts § 248 Note i—m Anm. 3 ſ. die Lehre von der negotiorum gestio (unten § 203 Beil. II. Nr. III). Hierher gehört bloß die Frage über die Wirkſamkeit obligatoriſcher Verträge zum Beſten eines Dritten.

will, sich doch von der andern Partie eine Leistung zum Besten Dritter zusagen läßt. Bei solchen Verträgen ist:

1) was das Verhältnis des Kontrahenten zu einander betrifft, der Vertrag, so weit er die Zusage einer Leistung zu Gunsten eines Dritten enthält, dann ungültig, wenn der Kontrahent, dem die Zusage gemacht wurde, an derselben kein eigenes pekuniäres Interesse hat[1]; hat er solches aber, dann gilt der Vertrag unter den Kontrahenten und es kann (von den Kontrahenten) auf Erfüllung geklagt werden[2].

2) Ist aber der Vertrag nach dem Angeführten unter den Kontrahenten gültig, so erwirbt doch der Dritte, zu dessen Gunsten dem andern Kontrahenten die Zusage gemacht wurde, kein Recht aus dem Vertrage, weil er an dem Vertrage nicht Theil nahm und die Partieen nicht als seine Stellvertreter handeln wollten[3].

Er bekommt nur in so weit Etwas, als die Partieen freiwillig ihm Etwas zukommen lassen[4].

Zwar behaupten Viele, nach deutschem Gewohnheitsrecht sei es anders; der Dritte könne geradezu, auch wider Willen des Kontrahenten, erklären, er trete nun dem Vertrage bei, und dadurch bekomme er das Recht, auf Erfüllung gegen den Versprechenden zu klagen. Allein, daß das deutsche Recht einen solchen Grundsatz anerkenne, läßt sich nicht nachweisen; auch wäre es ganz gegen die Natur der Sache, da in solchen Fällen es offenbar die Absicht der Partieen ist, bloß einander sich zu verpflichten und Herren des Verhältnisses zu bleiben, nicht aber dem Dritten ein selbständiges Recht gegen sie einzuräumen. Wenn ich z. B. meinen Bankier beauftrage, er soll dem N. in den nächsten 6 Monaten monatlich 60 M. auf meine Rechnung zahlen und der Bankier den Auftrag annimmt, oder wenn ich bei

---

[1] Zwar glauben Viele (Dangerow Pand. I § 608 I Anf.) unter Berufung auf D. de serv. exp. 18, 7 l. 6 u. 7, zur Gültigkeit des Vertrags reiche bloßes Humanitäts- oder Affektions-Interesse hin. Allein sie beachten nicht genug die Schlußworte der l. 6 cit. Wenn man sich nämlich zum Besten eines Dritten Etwas ausbedingt und dafür dem Kontrahenten Etwas leistet oder deßhalb eine geringere Gegenleistung von ihm fordert, so hat man stets ein pekuniäres Interesse an der Erfüllung, weil man ja dafür, daß zum Besten des Dritten geleistet wurde, ein pekuniäres Opfer brachte, und bloß dies sagen jene Stellen.

[2] D. de V. O. 45, 1 l. 38 § 20—23; I. de inutil. stip. 3, 19 § 19.

[3] Cod. per quas pers. 4, 27 cst. 1; D. de R. I. 50, 17 l. 73 § 4.

[4] Nur in ein paar besonderen Fällen gilt hier eine Ausnahme, s. Arndts § 246 Anm. 3. Windscheid Pand. § 316 Nr. 2.

dem Verkauf meiner Pferde mir bedinge, der Käufer ſolle meinem Diener D. ein Trinkgeld geben, ſo wäre es widerſinnig, wenn N. oder D. aus dem Vertrage ein ſelbſtändiges Recht auf Zahlung wider unſern Willen bekommen ſollte; vielmehr iſt hier Das, was ich mir ausbedungen habe, lediglich mein Recht, worüber ich frei disponiren kann und das ich, ſo lange die Leiſtung an den Dritten noch nicht gemacht iſt, widerrufen und meinem Kontrahenten nachlaſſen kann[5].

Nur ſo viel iſt zuzugeben: wenn die Partieen wirklich die Abſicht hatten, dem Dritten ein Beitrittsrecht einzuräumen, ſo liegt in ihrem Vertrag ein Anerbieten an den Dritten, das dann dieſer acceptiren kann; aber nur ſo lange, als die Paciscenten die Rücknahme des Anerbietens nicht erklärt haben. Auch nimmt das Gewohnheitsrecht an, daß, wenn man zu Gunſten eines Dritten mit einer Wittwenkaſſe oder Lebensverſicherungsgeſellſchaft kontrahirt, um dem Dritten ſeiner Zeit eine Penſion oder die verſicherte Summe zu verſchaffen: dann der Dritte, wenn die betreffende Zeit eintritt und man bis dahin mit der Geſellſchaft den Vertrag nicht aufgelöſt hatte, unmittelbar das betreffende Recht erwirbt[6].

Siebentes Kapitel. Änderung beſtehender Obligationen.

1. Änderung durch Vertrag; insbeſondere die Novation.

§ 191.

(Arndts § 249*.)

Man muß unterſcheiden:

I. Es iſt häufig, daß die Partieen an ihrer (an der zwiſchen ihnen beſtehenden) Obligation durch Vertrag Etwas bloß in der Art ändern,

---

[5] Mein Württemb. Privatr. II S. 683. Savigny Obligationenrecht II S. 59.

[6] Vgl. v. Gerber Deutſches Privatrecht § 192 a. E.

* Arndts faßt die möglichen Änderungen, welche die Partieen an einer Obligation, in der ſie miteinander ſtehen, durch Vertrag treffen können, viel zu beſchränkt auf. Er führt bloß als hierher gehörige Fälle drei Verträge an, nämlich die Einräumung eines Reurechts (§ 249 Nr. 1); ferner die Verabredung einer addictio in diem (§ 249 Nr. 2. Hierüber ſ. unten § 204 Beil. III) und die Verabredung einer kommiſſoriſchen Klauſel (pactum commissorium oder lex commissoria § 249 Nr. 3. Allein gerade ſolche Modifikationen werden gewöhnlich ſchon bei der Kontrahirung

daß die Obligation im Ganzen bestehen bleiben und nur in irgend einer Weise modificirt oder ihr Etwas zugesetzt werden soll, z. B. wenn ein anderer Zahlungsort, eine andere Zahlungszeit verabredet wird, oder wenn der Schuldner bei einer unverzinslichen Obligation später Zinsen verspricht, oder bei einer anfechtbaren Obligation auf sein Anfechtungsrecht verzichtet oder er später zur Sicherheit des Gläubigers ein Pfand bestellt u. s. f. Unsere älteren Civilisten nannten dies eine novatio cumulativa; allein das römische Recht bezeichnete solche Fälle niemals durch novatio [1], weil in ihnen die alte Obligation im Wesentlichen bestehen bleibt.

II. Es kann aber auch eine bestehende Obligation durch Vertrag so geändert werden, daß sie (völlig) aufgehoben, vernichtet wird, dadurch, daß die Partieen die in ihr begriffene Leistung, ganz oder theilweise umgestaltet, in eine neue Obligation übertragen. Dies kann geschehen

a. so, daß die neue Obligation zwischen denselben Partieen bestehen soll, was Manche durch novatio simplex bezeichnen oder

b. so, daß der Gläubiger oder der Schuldner geändert wird, also so, daß eine andere Person Gläubiger wird (§ 193) oder daß eine andere Person Schuldner werden soll (§ 194).

Diese Fälle allein bilden die novatio im eigentlichen römischen Sinne, also die vertragsmäßige Aufhebung einer bestehenden Obligation durch Verwandlung derselben in eine ganz neue Obligation [2]. Es wird hier gleichsam durch die neue Obligation die alte bezahlt

---

der Obligation als Nebenverträge beigefügt und bilden dann nicht eine Änderung an einer bestehenden Obligation, sondern eine Modifikation, unter der die Obligation kontrahirt wurde. Auch haben die möglichen Änderungen an bestehenden Obligationen einen viel weiteren Kreis. Es gehört dahin Alles, was unsere älteren Civilisten und Praktiker durch novatio bezeichneten (indem sie dabei freilich diesen Ausdruck in einem viel zu weiten Sinne nahmen). Sie verstanden nämlich in einem weiteren uneigentlichen Sinne unter novatio jede vertragsmäßige Änderung an einer bestehenden Obligation. Dabei ist aber wohl zu beachten, daß novatio im römischen Recht und überhaupt technisch einen viel engeren Sinn hat. — Über die Novation überhaupt ist besonders zu vergleichen Windscheid Pand. § 353 f. (nur secirt Windscheid gar zu sehr den Partiewillen) und die gelehrte und scharfsinnige Schrift von Salpius Novation und Delegation nach römischem Recht (1864), die aber eine Menge mehr als gewagter Behauptungen enthält (vgl. Windscheid in der Münchener kritischen Vierteljahrschrift 1864 S. 463 ff.).

[1] Vgl. Arndts § 268 bei Anm. 3.

[2] D. de novationib. et deleg. 46, 2 l. 1 pr. Arndts § 268.

und getilgt. Unsere älteren Civilisten bezeichneten diese eigentliche Novation durch novatio privativa. Bei ihr ist besonders Folgendes zu beachten:

1) Ihr Zweck ist, die alte Obligation aufzuheben und an ihre Stelle eine neue zu setzen, in welche die schuldige Leistung in veränderter oder unveränderter Gestalt übertragen wird[3]. Es wird dadurch die alte Obligation ipse iure getilgt, wie durch Zahlung, so daß auch ihre Accessionen zusammenfallen, z. B. die Bürgen, die correi, die für die alte Schuld hafteten, frei werden, Pfandrechte, welche für die alte Schuld bestellt waren, erlöschen (wenn sie nicht bei der novatio ausdrücklich auch für die neue Schuld erneuert wurden[4].

2) Eine solche novatio mußte nach römischem Recht in der Form einer Stipulation eingegangen werden, da nur in dieser Form die alte Obligation wirksam vernichtet und in eine neue klagbare verwandelt werden konnte. Bei uns aber fällt dies weg und genügt jedes pactum[5].

3) Zu einer novatio wird natürlich erfordert, daß die Partieen die voluntas novandi haben, d. h. die Absicht, die alte Obligation aufzuheben und eine neue an ihre Stelle zu setzen. Diese (Absicht) muß bestimmt ausgedrückt sein[6], was aber auch durch ein Wort geschehen kann, z. B. wenn verabredet wurde, statt der alten Schuld soll Das und Das geschuldet werden[7]. Ist dieser animus novandi nicht unzweifelhaft ausgedrückt, so bleibt eben die alte Schuld neben der neuen bestehen; das Geschäft ist dann bloß eine sog. novatio cumulativa, d. h. keine wirkliche Novation, z. B. wenn ein Dritter dem Gläubiger eines Andern verspricht, die Schuld seines Schuldners zahlen zu wollen, so wird dadurch der Schuldner nicht

---

[3] Arndts § 268 Anm. 1.

[4] D. l. c. l. 1 pr., l. 18, l. 27 § 30; qui potior. 20, 4 l. 3 pr. l. 12 § 5; l. 21 pr.; Cod. de fideiuss. 8, 41 cst. 4.

[5] S. oben § 184. Vgl. Arndts § 268 Anm. 3 a. E.

[6] Die römischen Juristen präsumirten in vielen Fällen den animus novandi; allein Justinian hob mit Recht diese Präsumtion auf in der const. 8 h. t. Cod. 8, 42 (Arndts § 268 Anm. 4) und setzte fest, es müsse die Absicht, zu noviren, stets bestimmt erklärt werden. Dies darf man aber nicht, wie Viele es thun, bloß dahin verstehen, es müsse ausdrücklich erklärt werden, daß die alte Obligation durch die neue aufgehoben sein soll, sondern dahin, daß es auch genügt, wenn nur aus der Art des geschlossenen Geschäfts jene Absicht ganz unzweifelhaft hervorgeht.

[7] Arndts § 268 Note h und Anm. 4 a. E. Windscheid Pand. § 351 Note 15.

frei, wenn es nicht bestimmt ausgedrückt wurde; es haften dann eben dem Gläubiger Zwei für diese eine Schuld.

Ferner: wenn der Erbe des N. mir ein Vermächtnis von 1000 M. auszuzahlen hat und ich mich mit ihm dahin verständige, daß er mir verspricht, die 1000 M., die er mir ex testamento schulde, in 6 Monaten zu zahlen und bis dahin mit 5% zu verzinsen, so ist dies keine novatio, da in keiner Weise angedeutet ist, daß die alte Obligation aufgehoben sein (daß lediglich die Obligation aus diesem Vertrag an die Stelle der Obligation aus dem Testamente treten) solle; es ist ein bloßes constitutum debiti proprii[8]. Die Schuld aus dem Testamente, für die mir sein Erbtheil gesetzlich verpfändet ist[9], wird keineswegs aufgehoben. Er ist mir nun eben die 1000 M. ex duabus causis schuldig (ex testamento, womit ein Pfandrecht verbunden ist, und ex constituto); ich kann ihn also auf Zahlung belangen, entweder mit der actio personalis ex testamento oder mit der actio ex constituto; auch behalte ich meine Pfandklage gegen ihn; natürlich aber kann ich die 1000 M. erst nach Ablauf der 6 Monate verlangen; zu dieſem Zweck hat er gegen mich eine exceptio pacti; auch kann ich sie nicht zweimal verlangen, sonst würde er gegen mich eine exceptio doli haben.

4) Zur Novation gehört nicht, wie früher stets angenommen wurde, der Fall, den Manche durch Schuldverwandlung bezeichnen; nämlich, wenn ein bestehendes Vertragsverhältnis aufgehoben und ein ganz anderes mit ganz selbständigem Inhalt an seine Stelle gesetzt wird; z. B. N. hat von mir eine Sache auf ein Jahr gemiethet; im Laufe des Jahres aber kauft er mir die Sache ab. Hier wird nun eben die Miethsobligation durch den Kauf aufgehoben (sie soll aber nicht durch denselben bezahlt werden) und wir treten nun in eine ganz neue selbständige Obligation[10].

III. Constitutum debiti[11] (Erfüllungsvertrag) ist ein Vertrag über eine bestehende Schuld, durch den man dem Gläu-

---

[8] S. unten Nr. III. [9] Arndts § 373 Anm. 3 a. E.

[10] Römer Die bedingte novatio (1863) S. 6 ff. — Über die sog. novatio necessaria, welche im früheren römischen Recht durch litis contestatio begründet wurde, und ihren Wegfall im justinianischen Recht und bei uns s. oben § 111 Beil. I Nr. III Beil. II (Th. I S. 567 f. 570).

[11] Über dieses s. besonders Bruns in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. I S. 28—130.

biger verspricht, die Schuld zahlen zu wollen, sei es gerade wie sie besteht oder mit Modifikationen. Dieses Erfüllungsversprechen kann betreffen eine eigene Schuld des Versprechenden (constitutum debiti proprii) oder eine fremde Schuld (constitutum debiti alieni). Wir nennen den Vertrag auch constitutum promissorium[12].

Dieses constitutum war schon nach römischem Recht als bloßes pactum klagbar und erzeugte eine actio de pecunia constituta auf Erfüllung und zwar nach dem prätorischen Edikt, wenn die Schuld in Fungibilien bestand (sog. pactum praetorium); nach einer Bestimmung Justinians auch in allen anderen Fällen (also in diesen ein sog. pactum legitimum)[13].

Durch das constitutum wird also die alte Obligation nicht aufgehoben; die Obligation aus dem constitutum tritt nur zu ihr hinzu[14]. Aber natürlich wird durch die Erfüllung der einen auch die andere getilgt. Eine Hauptwichtigkeit des constitutum lag bei den Römern darin, daß es schon als pactum klagbar war; es konnte daher eine unklagbare Obligation dadurch klagbar gemacht werden, daß sie konstituirt wurde; nur wurde zur Klagbarkeit des constitutum als pactum erfordert, daß die Schuld, welche konstituirt wurde, eine gültige und unanfechtbar war und daß nicht mehr versprochen wurde, als die alte Schuld betrug[15].

Was das constitutum debiti proprii[16] betrifft, so fällt bei uns die besondere Bedeutung, die es im römischen Recht für die Klagbarkeit hatte, weg, weil ja bei uns schon an sich jedes gültige pactum auch klagbar ist[17]. Allein dadurch ist es nicht bedeutungslos geworden; denn es kann in anderen Beziehungen für den Gläubiger wichtig sein, daß ihm sein Schuldner Das, was dieser ihm schuldet, später durch ein besonderes Zahlungsversprechen noch zusagt. Namentlich wird dadurch eine bestrittene Schuld nun eine unbestrittene; sodann liegt in der Regel in einem solchen Versprechen eine vertragsmäßige Anerkennung der alten Schuld; auch wird durch eine solche Anerkennung die

---

[12] Im Gegensatz zum constitutum possessorium (s. oben § 126 Beil. Nr. IV).
[13] D. de const. pr. 13, 5 l. 1 pr. § 8. Cod. e. t. 4, 18 cst. 2. Arndts § 240 Anm. 4. Vgl. oben § 184 Lit. D.
[14] Es gehört also zu den unter Nr. I angeführten Fällen.
[15] D. l. c. l. 1 § 8; l. 3 § 1; l. 11 § 1; l. 12; l. 15 § 4 u. 5; l. 19 pr.
[16] Über das constitutum debiti alieni s. Arndts § 349 ff.
[17] Vgl. indeß oben § 180 Nr. II. Windscheid Pand. § 204 Note 7.

Verjährung der alten Schuld unterbrochen; ferner können bei dem constitutum noch Modifikationen der alten Schuld verabredet werden, z. B. ein anderer Zahlungstag u. s. w.

Das constitutum setzt aber zu seiner Gültigkeit die Existenz (und Gültigkeit) der konstituirten Schuld voraus[18], da es bloß die Zusage enthält, eine bestehende Schuld zu zahlen. Bestreitet später der Konstituent die Schuld: so hat der Gläubiger sie zu beweisen, wozu aber auch der Nachweis der causa derselben gehört[19]. Wird eine Schuld, welche anfechtbar ist (z. B. wegen dolus, wegen laesio enormis ꝛc.), konstituirt, so ist bei uns das constitutum zwar an sich gültig und klagbar, was es nach römischem Recht nicht war, aber es bleibt, wie die alte Schuld, anfechtbar, außer dem Konstituirenden wäre der Mangel, auf dem die Anfechtbarkeit beruht, zur Zeit der Konstituirung bekannt gewesen; denn dann hat er durch das constitutum auf die Anfechtbarkeit verzichtet.

Wenn der Schuldner im constitutum mehr verspricht, als er schuldig war, so war nach römischem Recht das constitutum für dieses Mehr unwirksam, also für dieses ein unklagbares pactum; bei uns aber ist auch das Mehr klagbar,, weil bei uns jedes pactum klagbar ist, nur muß dem Versprechen des Mehr eine bestimmte zulässige causa zu Grunde liegen, z. B. die Absicht der Schenkung, und dann ist es nach dieser causa zu beurtheilen.

2. Änderung bestehender Obligationen durch Verletzung. Verzug.

§ 192.

(Arndts §§ 250—252[1].)

Wenn ein Schuldner in rechtswidriger Weise die Erfüllung seiner Schuld verzögert, oder wenn ein Gläubiger die ihm gehörig angebotene

---

[18] Es ist dies, wie Windscheid l. c. bemerkt, Bedingung des Versprechens, nicht bloße Voraussetzung.

[19] S. oben § 184 Lit. F. Es genügt also nicht ein Schuldschein sine causa. Danach ist zu berichtigen, was Arndts § 240 Anm. 4 (in der zweiten Hälfte) sagt.

[1] Über den Inhalt des § 250 (culpa ꝛc.) s. oben §§ 85—87 (Th. I S. 440 ff.), § 172 und § 185 Nr. V, § 186 Beil. Lit. B Nr. 2, über den Schlußsatz des § 250 und Anm. 6 (bei Arndts) s. oben § 177 Nr. III 4.

Zahlung aus untriftigen Gründen nicht annimmt, so ist dies im ersteren Falle eine mora solvendi (Verzug des Schuldners), im letzteren Falle eine mora accipiendi (Verzug des Gläubigers). Dieser Verzug hat für den Betreffenden nicht unwichtige Nachtheile zur Folge und erzeugt dadurch eine Modifikation an der bestehenden Obligation.

A. Verzug des Schuldners.

I. Erfordernisse. Ein Schuldner ist im Verzug, wenn er zur rechten Zeit nicht leistet; außer er könnte besondere Entschuldigungsgründe nachweisen. Es wird daher zur mora solvendi erfordert:

1) Die Schuld muß verfallen sein (dies venit [2]).

2) Der Schuldner muß zur rechten Zeit nicht gezahlt haben. Die bloße Fälligkeit der Schuld allein versetzt an sich den Schuldner noch nicht in Verzug; es ist noch ein weiteres Moment nöthig, das zur Fälligkeit hinzukommen muß, und wenn nun der Schuldner nicht zahlt, dann erst ist er in Verzug. Dieses Moment ist:

a. wenn der Gläubiger den Schuldner oder dessen Bevollmächtigten, oder falls der Schuldner verpflichtungsunfähig ist, seinen gesetzlichen Vertreter zur Zahlung mahnt (interpellatio), sei es gerichtlich (durch eine Klage) oder außergerichtlich. Leistet nun der Schuldner nicht sofort, so ist er im Verzug (mora ex persona) [3].

b. Der Mahnung steht es gleich, wenn der Gläubiger erweislich mahnen wollte, aber der Schuldner absichtlich sich vor ihm verborgen hielt, oder abwesend ist und auf unentschuldbare Weise keinen Bevollmächtigten zurückließ, der an seiner Statt gemahnt werden konnte [4].

c. Bringt Jemand durch ein Delikt eine Sache in seine Hände, z. B. durch Diebstahl, Raub ꝛc., so ist er wegen ihrer Rückerstattung sofort im Verzug [5].

In den Fällen unter b. und c. brauchen die Quellen den Ausdruck: mora ex re oder in re [6].

---

[2] S. oben § 181 Nr. IV. Denn es versteht sich von selbst, daß wegen einer Schuld, deren Zahlung noch gar nicht verlangt werden kann, der Schuldner nicht in Verzug kommen kann.

[3] Arndts § 251 Note k und Anm. 4.

[4] D. de usur. 22, 1 l. 21—23; de nautico foenore 22, 2 l. 2.

[5] D. de cond. furt. 13, 1 l. 8 § 1, l. 20 a. E.; de vi 43, 16 l. 19.

[6] Unrichtig aber ist es, wenn Arndts (mit Manchen) glaubt, in den von ihm § 251

d. Bestritten ist, ob wenn für die Schuld durch Vertrag oder durch richterliche Verfügung ein Zahlungstag festgesetzt ist und der Schuldner ihn verstreichen läßt ohne zu zahlen, er dadurch sofort in Verzug kommt, ohne daß erst noch eine Mahnung nöthig wäre. Die herrschende Ansicht bejaht Dieses; sie glaubt, schon das römische Recht bestimme es so; es gelte hier der Grundsatz: dies interpellat pro homine. Manche dagegen, namentlich in neuerer Zeit, verneinen es nach römischem Recht[7]. Das Richtige geht wohl dahin: es kann natürlich kein Zweifel sein, daß wenn die Partieen verabreden, der Schuldner habe zur festgesetzten Zeit unaufgefordert zu leisten, er in Verzug kommt, wenn er sie verstreichen läßt; z. B. wenn ich mit einem Kutscher kontrahire, er solle heute Mittag um 2 Uhr vor meinem Hause sein, um mich zu einem Mittagsessen zu fahren, so ist er in mora, wenn er nicht Punkt 2 Uhr da ist[8].

Die bestrittene Frage ist nur die, ob eine solche Verpflichtung des Schuldners, unaufgefordert zu leisten oder unaufgefordert zur Leistung sich bereit zu halten, schon ohne Weiteres darin liegt, daß ein bestimmter Zahlungstag festgesetzt ist, z. B. wenn ich dem N. 1000 M. bis zum nächsten 1. December leihe: ob er ohne Weiteres in mora ist, wenn er diesen Tag verstreichen läßt. Nach römischem Recht wird die Frage zu verneinen sein; die römischen Juristen gingen davon aus: der dies habe hauptsächlich die Bedeutung, den Schuldner gegen eine Anforderung vor Eintritt des dies zu sichern; ist der dies eingetreten, so könne nun der Gläubiger Zahlung fordern; aber es sei dann immer noch die Frage, ob er (der Gläubiger) es wolle; dies könne der Schuldner abwarten und deßhalb komme auch hier der Schuldner nur in Verzug, wenn der Gläubiger nach Ablauf der Zeit ihn mahnt[9]. Allein von der herrschenden Ansicht in Theorie und Praxis wurde Jahrhunderte lang das römische Recht mißverstanden; sie glaubte, es bejahe die Frage[10], und diese Ansicht

Anm. 5 Lit. c ff. angeführten Fällen sei auch eine wahre mora vorhanden; darüber s. oben § 174 Beil. I Nr. VIII.

[7] Über die Geschichte dieser Kontroverse s. besonders v. Schröter in der Gießener Zeitschrift Bd. IV und einen Auszug davon bei Bangerow Pand. III § 588 Anm. 2.

[8] D. si quis cautionib. 2, 11 l. 8. Schröter l. c. S. 182 f.

[9] S. die Stellen der Anm. 4 (Arndts § 251) und Schröter l. c. S. 182 f. und ebendaselbst Bd. VII S. 184 f.

[10] Sie ging davon aus, schon nach römischem Recht sei in solchen Fällen der Schuldner im Verzug, wenn nur der Tag verstrichen sei.

ging bei uns in festes Gewohnheitsrecht über und bildet daher geltendes gemeines Recht. Nur ist dabei noch Folgendes zu beachten.

α. Der Grundsatz dies interpellat pro homine, den unser Gewohnheitsrecht annimmt, gilt nur bei einem Zahlungstag, der durch Vertrag oder richterliche Auflage festgesetzt ist und nur wenn der Tag genau bestimmt ist, so daß er sich nach dem Kalender berechnen läßt, z. B. zahlbar von heute an in 3 Wochen, oder am 1. Mai k. J.; nicht aber, wenn er unbestimmt ausgedrückt ist, z. B. zahlbar nach Pfingsten l. J.; auch nicht, wenn der dies ein incertus ist (d. h. incertus an), z. B. wenn ich Jemandem verspreche, ihm Etwas zu zahlen an seinem Hochzeitstage. In den letzteren Fällen ist zur Herbeiführung des Verzugs noch Mahnung nöthig.

β. In der Natur der meisten Rechtsverhältnisse liegt es, daß der Schuldner nicht verbunden ist, dem Gläubiger die Leistung zu bringen oder zu schicken[11], sondern der Gläubiger sie holen lassen, oder zur Empfangnahme kommen oder Jemanden schicken muß; z. B. der Verkäufer hat die verkaufte Sache nicht dem Käufer zu bringen, sondern der Käufer muß sie bei ihm holen. Hier ist der Schuldner, wenn ein Zahlungstag verabredet ist, nur dann im Verzug, wenn der Gläubiger nach abgelaufener Zahlungszeit[12] kommt oder schickt, um die Sachen in Empfang zu nehmen.

3) Der Schuldner kommt, selbst wenn er zur rechten Zeit nicht zahlt (also in den Fällen von Nr. 2), ausnahmsweise dann nicht in Verzug, wenn er besondere Entschuldigungsgründe nachweisen kann. In so fern ist der Verzug ein kulposes Nichterfüllen, was Manche mit Unrecht leugnen. Aber solche Entschuldigungsgründe sind bloß

a. wenn der Schuldner nicht wußte, daß er verpflichtet sei, oder wenn die Schuld zweifelhaft war und er plausible Gründe hatte, es auf einen Proceß ankommen zu lassen[13];

b. wenn er durch ein unverschuldetes objektives Hinderniß abgehalten war, zur rechten Zeit zu zahlen, z. B. durch fremde Ge-

---

[11] Anders nach dem Deutschen Handelsgesetzbuch Art. 325 bei Geldzahlungen mit Ausnahme der Auszahlung von indossablen oder auf Inhaber lautenden Papieren.

[12] Nicht am Tage selbst; denn dieser ganze Tag steht noch dem Schuldner zu Gebot.

[13] D. de usur. 22, 1 l. 21, l. 24 pr.; de R. I. 50, 17 l. 63; de reb. cred. 12, 1 l. 5 pr. Meine Erörterungen II S. 54 ff. Mommsen Beiträge III 57 f.

walt, Überschwemmung ꝛc.[14]. Ein bloßes subjektives Unvermögen des Schuldners dagegen entschuldigt ihn nicht, z. B. wenn er ein genus oder eine Quantität schuldet, z. B. eine Geldsumme, 50 Centner Hafer ꝛc. und nicht zahlen kann, weil er kein Geld hat, um sich den Hafer zu schaffen[15]. Denn hier ist die Leistung an sich gar wohl möglich, nur er kann nicht leisten wegen seiner Insolvenz oder Kreditlosigkeit; für diese aber muß ein Schuldner stets einstehen[16].

II. Die Folgen der mora solvendi. Den morosen Schuldner treffen natürlich die Nachtheile, denen er sich vertragsmäßig für den Fall des Verzugs unterwarf, z. B. die Konventionalstrafe, die er versprach. Es treffen ihn aber auch schon an sich des Vertrags wegen bedeutende Nachtheile, weil die mora eine Pflichtverletzung ist[17]. — Herauszuheben ist besonders:

1) er muß dem Gläubiger allen Schaden ersetzen, den dieser durch die mora erlitten zu haben beweisen kann, sein ganzes Interesse[18]; jedenfalls aber muß er ihm, wenn er mit der Zahlung fungibler Sachen in Verzug kam, 5 %[19] Verzugszinsen bezahlen[20]. — Kann aber der Gläubiger noch einen höheren Schaden, den ihm der Verzug zuzog, nachweisen, so kann er auch noch diesen ersetzt verlangen[21].

2) Durch den Verzug perpetuatur obligatio. Dies heißt hier[22] so viel: der Schuldner bleibt verpflichtet, selbst wenn ihm die Leistung durch einen während des Verzugs eingetretenen Zufall unmöglich wird. Er muß nämlich während der Zeit seiner mora nicht nur für das geringste Versehen einstehen[23], sondern auch für den Zufall; außer er könnte beweisen, daß, falls er die Sache zur rechten

---

[14] Arndts § 251 Note o und Anm. 7.

[15] Oder wenn er eine bestimmte Sache (species) zu leisten versprach, sie aber einem Dritten gehörte und dieser sie ihm nicht überlassen will.

[16] D. de V. O. 45, 1 l. 137 § 4 u. 5. Arndts l. c. Anm. 7. — Über die Beweislast beim Verzug s. oben § 101 Beil. II Nr. II 5 (Th. I S. 527).

[17] S. darüber Arndts § 251 Nr. 1.

[18] In dem oben § 172 ausgeführten Sinne. D. de eo quod certo loco 13, 4 l. 2 § 8.

[19] Über Handelsgeschäfte s. D. H. G. B. Art. 287. 289.

[20] Oben § 174 Beil. I Nr. I.

[21] Reichs Dep. Abschn. von 1600 § 139.

[22] Nicht in Beziehung auf Verjährung, sondern bloß auf casus.

[23] S. oben § 87 Beil. I Nr. II 3 (Th. I S. 454).

Zeit geleiſtet hätte, ſie auch beim Gläubiger von demſelben Zufall getroffen worden wäre[24].

3) Hat der Schuldner den Werth einer Sache zu erſetzen, weil ſie

a. während ſeines Verzugs unterging, oder

b. durch den Verzug die Leiſtung für den Gläubiger ihr Intereſſe verlor, ſo hat er den höchſten Werth zu erſetzen, den ſie entweder zu Anfang des Verzugs oder im Fall a. zur Zeit des Untergangs der Sache, oder im Fall b. zur Zeit der Verurtheilung hatte[25]. Ein fur aber haftet ſtets für den höchſten Werth, den die Sache zu irgend einer Zeit vom furtum an bis zur Reſtitution hatte, weil er gleichſam von ſeinem furtum an jeden Augenblick ſeine mora erneuert[26].

4) Wenn bei einem entgeltlichen Vertrage die eine Partie mit ihrer Leiſtung in Verzug kommt, ſo giebt dies der anderen Partie nicht das Recht, nun vom Vertrag abzugehen, außer wenn mit Rückſicht auf Erfüllung zu einer beſtimmten Zeit kontrahirt wurde, oder wenn durch den Verzug der Vertrag ſein weſentliches Intereſſe für die andere Partie verloren hat[27].

B. Verzug des Gläubigers[28]. Ein Gläubiger iſt im Verzuge, wenn der Schuldner die Leiſtung in gehöriger Weiſe anbietet, der Gläubiger ſie aber nicht annimmt[29]. Dieſem ſteht gleich, wenn nach der getroffenen Verabredung die zu leiſtende Sache zuzumeſſen, zu probiren ꝛc. iſt und der Gläubiger ſeine nöthige Theilnahme hieran verweigert[30]; oder wenn die Schuld beſtritten iſt und der Schuldner den Gläubiger zur Liquidmachung ſeiner Forderung vergeblich aufgefordert hat[31].

Die Folgen dieſer mora ſind, daß der Gläubiger dem Schuldner den dieſem dadurch zugezogenen Schaden, das Intereſſe, erſetzen muß[32] und er nun in den Fällen, in welchen ein Schuldner die Gefahr

---

[24] Arndts § 251 Note d. e und Anm. 2. Meine Erörterungen III S. 133 ff. Vgl. auch oben § 87 Beil. I Nr. II 3 a (Th. I S. 454) und § 143 Beil. II Lit. A Nr. II 1.

[25] Savigny Syſt. VI S. 209 ff.

[26] D. de condict. furt. 13, 1 l. 8 § 1. Savigny l. c. S. 303 f.

[27] D. locati 19, 2 l. 24 § 4; de V. O. 45, 1 l. 135 § 2. Vgl. oben § 184 Lit. C a. E. und Lit. E. Meine Erörterungen III 40 f. — Über das beſondere Recht bei Handelsgeſchäften ſ. H. G. B. Art. 343.

[28] S. Arndts § 251 Nr. 2. [29] Arndts l. c. Note t.

[30] D. de solut. 46, 3 l. 39; de peric. r. v. 18, 6 l. 4. 5.

[31] Cod. de usur. pupillarib. 5, 56 cst. 4.

[32] Arndts l. c. Note s.

BODLEIANA·BIBLIOTHECA·BODLEIANA

der schuldigen Sache zu tragen gehabt hätte[33], die Gefahr zu tragen hat, wenn ein Zufall während seiner mora sich ereignet, z. B. wenn mir Jemand 1000 M. schuldig ist und er macht sich auf den Weg, um mir die Summe zu bezahlen, unterwegs aber nehmen ihm Räuber das Geld ab, so ist dies sein Schaden; er muß mir anderes Geld zahlen. Wenn aber der Schuldner mit dem Gelde zu mir kam und ich eigensinnig es nicht annehme und auf dem Rückwege ihm das Geld geraubt wird, so gelte ich für bezahlt[34].

Abgesehen von einem solchen Zufalle wird der Schuldner durch die bloße mora des Gläubigers von seiner Schuld nicht frei; er muß daher, wenn er Zinsen versprochen hatte, die Zinsen fortbezahlen, so lange die Schuld besteht. Natürlich aber muß das Gesetz Mittel geben, sich gegen einen eigensinnigen Gläubiger von der Schuld zu befreien; diese sind folgende:

a. Werden bewegliche Sachen geschuldet, z. B. eine Geldsumme, so kann der Schuldner sich an das Gericht des Ortes, an welchem die Schuld zu zahlen ist, wenden und sie bei diesem deponiren und zwar nach vorgängiger Versiegelung, wenn eine solche möglich ist (sog. depositio iudicialis). Dadurch wird er von der Schuld frei, als ob er sie bezahlt hätte; er braucht sie daher nun auch nicht weiter zu verzinsen, und alle Accessionen der Schuld, Pfandrecht, Bürgschaft ꝛc. erlöschen[35]. Der Gläubiger, dem von der Deposition Nachricht zu geben ist (durch das Gericht oder den Schuldner), mag dann die deponirten Sachen an sich nehmen; sie stehen nun auf seine Gefahr.

Von diesem Mittel kann ein Schuldner auch Gebrauch machen, um sich gegen einen unbekannten oder abwesenden Gläubiger oder gegen Veräußerungsunfähige, denen zur Zeit kein Vertreter bestellt ist ꝛc. zu befreien[36].

b. Wenn aber die Sachen zum Aufbewahren umständliche Vorrichtungen oder besondere Kosten erfordern (z. B. eine Schafherde, eine größere Quantität Wein ꝛc. geschuldet werden) und der

---

[33] S. unten § 195 (Zufall). [34] D. de solut. 46, 3 l. 42 pr. l. 39.
[35] Arndts § 261 Note f.
[36] D. de min. 4, 4 l. 7 § 2; de usur. 22, 1 l. 18 § 1. Hierüber s. besonders Kühne Ungewißheit des Gläubigers als Grund zur Deposition behufs Befreiung des Schuldners in Iherings Jahrbüchern für Dogm. ꝛc. Bd. XVII (N. F. V.) S. 1—66.

Gläubiger in Verzug ist, so ist die gerichtliche Depositon unzulässig [37].

c. Hat der Schuldner Grundstücke zu leisten, so wird er von seiner Schuld frei, wenn er sie zur Disposition des Gläubigers leer stehen läßt und ihm es anzeigt (oder, wenn der Gläubiger unbekannt, abwesend oder nicht veräußerungsfähig ist, dem Richter jene Anzeige macht).

d. Bei einer obligatio faciendi [38] wird der Schuldner durch fruchtloses Anerbieten von seiner Leistung frei [39].

Achtes Kapitel. Eintritt in eine fremde Obligation.

1. Eintritt in die aktive Seite.

§ 193.

(Arndts § 254—259 [1].)

In die Stelle des Gläubigers [2] kann ein Dritter eintreten, also an dessen Stelle Gläubiger werden in sehr verschiedener Weise, nämlich

A. in uneigentlicher Weise durch vertragsmäßige Vernichtung der bisherigen Obligation und Umwandlung derselben in eine neue mit Änderung des Gläubigers. Es ist dies ein Fall der delegatio.

---

[37] In solchen Fällen sagt D. de peric. 18, 6 l. 1 § 3 u. 4 l. 2 pr., der Schuldner könne die Sachen geradezu preisgeben, z. B. den geschuldeten Wein auslaufen lassen und werde dadurch liberirt; nur müsse er vorher dem Gläubiger die Absicht, es zu thun, anzeigen. Allein eine andere Stelle D. de trit. 36, 6 l. 8 meint, dies sei ihm doch nicht zu rathen. Allerdings wird er sicherer gehen, wenn er den Richter ersucht, ihm Jemanden nachzuweisen, dem er die Sachen auf Kosten und Gefahr des Gläubigers in Verwahrung und Verwaltung gebe. Wenn aber Niemand die Sachen in Verwahrung nehmen will oder die Sachen der Art sind, daß sie sich nicht gut aufbewahren lassen, so kann er auf Rechnung des Gläubigers sie verkaufen und das gelöste Geld gerichtlich deponiren; im äußersten Falle aber, wenn er auch zum Verkauf nicht Gelegenheit findet, kann er die Sachen geradezu preisgeben und von seiner Schuld sich befreien. Über das bei Handelsgeschäften Geltende s. H. G. B. Art. 343.

[38] S. oben § 167 a. E. [39] D. de R. I. 50, 17 l. 39.

[1] Arndts faßt das Verhältnis viel zu beschränkt auf. Es kann ein Eintritt in eine zwischen anderen Personen bestehende Obligation auf mehrfache Weise geschehen, nicht bloß durch Cession (welche Arndts hier allein entwickelt), und bald in die passive Seite, bald in die aktive.

[2] Nicht immer in das Recht des Gläubigers.

Durch **delegatio** im **weiteſten** Sinne bezeichnen die römiſchen Juriſten überhaupt: Jemanden anweiſen, einem Andern Etwas zu verſprechen (z. B. eine dos, Schenkung ꝛc.) oder zu zahlen. In **dieſem** Sinne bezieht ſie ſich nicht nothwendig auf eine **beſtehende** Obligation, iſt überhaupt nichts Anderes, als ein Fall des **Mandatvertrags**.

Im **engern** Sinn aber iſt **delegatio**, wenn bei einer Obligation durch eine eigentliche **Novation**[3] entweder an die Stelle des bisherigen Schuldners mit deſſen Zuthun ſtatt desſelben ein Anderer als Schuldner tritt, was man **paſſive** Delegation nennen kann[4], oder an die Stelle des bisherigen Gläubigers mit deſſen Zuthun ein Anderer als Gläubiger tritt, was man **aktive** Delegation nennen kann; oder wenn **Beides** geſchieht, alſo durch die Novation an die Stelle des bisherigen Schuldners und des bisherigen Gläubigers ein Anderer als Schuldner und ein Anderer als Gläubiger eintritt; z. B. A. iſt mir 100 ſchuldig, ich bin aber dem B. 100 ſchuldig und delegire meinen Schuldner A. an meinen Gläubiger B. und A. macht ſich nun dem B. ſtatt meiner als Schuldner verbindlich; hier tritt bei B. an die Stelle ſeines bisherigen Schuldners (d. h. an meine Stelle) ein anderer Schuldner (nämlich der A.), und bei A. an die Stelle ſeines bisherigen Gläubigers (d. h. an meine Stelle) ein anderer Gläubiger (nämlich der B.)[5].

Wenn nun durch **aktive** Delegation der Gläubiger geändert wird, d. h. die alte Obligation aufgehoben und ihr Inhalt oder ein Äquivalent desſelben in eine neue Obligation ſo aufgenommen wird, daß bei dieſer neuen an Stelle des bisherigen Gläubigers eine andere Perſon als Gläubiger treten ſoll, ſo iſt Zuſtimmung des bisherigen Schuldners und des bisherigen Gläubigers, alſo ein doppelter Vertrag nöthig. Nämlich

a. ein Mandat des bisherigen Gläubigers (**delegans**) an ſeinen Schuldner (**delegatus**) dahin, er ſoll den Inhalt ſeiner bisherigen Schuld (oder ein Äquivalent) als ganz neue Schuld dem neuen Gläubiger (**delegatarius**) zuſagen und dieſen ausſchließlich als Gläubiger annehmen, ſo daß das bisherige Schuldverhältnis völlig

---

[3] Vgl. oben § 191 Nr. II. [4] S. unten § 194.
[5] Vgl. **Arndts** § 268 Abſatz 2 und Anm. 7. 8.

aufgehoben sein soll; dazu ist natürlich Zustimmung des Schuldners erforderlich, zu der er hier nicht gezwungen werden kann[6];

b. ein Vertrag, durch den nun der bisherige Schuldner sich als Schuldner dem neuen Gläubiger verpflichtet und dieser ihn als Schuldner annimmt. Der letztere Vertrag mußte bei den Römern, wenn er vollkommen wirksam sein sollte, in Form einer stipulatio geschlossen werden; bei uns genügt das bloße pactum[7]. Dabei muß aber, wenn das Geschäft eine Delegation sein soll, die Absicht der Partieen dahin gehen, daß die alte Obligation aufgehoben sein und die neue an ihre Stelle als selbständige Obligation treten soll[8]. Eben deßhalb hat eine solche Delegation manches Mißliche für den Schuldner; denn er kann in der Regel gegen den neuen Gläubiger von den Einwendungen, die er gegen seinen alten Gläubiger wegen der Schuld hatte, keinen Gebrauch machen, weil seine Schuld gegen den neuen Gläubiger eine ganz neue, selbständige ist[9].

Doch ist hier zu unterscheiden: wenn nämlich die alte Schuld nichtig oder anfechtbar war und

1) der Schuldner dies wußte, sich aber doch delegiren läßt, so ist es so gut, als ob er wissentlich eine Nichtschuld bezahlt hätte; er wird daher nun aus dem Vertrag mit dem neuen Gläubiger vollkommen wirksam verpflichtet und kann sich nicht auf Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit seiner Schuld berufen[10]. Wenn aber

2) der Schuldner es nicht wußte, sich also irrig für verpflichtet hielt und deßhalb sich delegiren ließ, und

a. sein alter Gläubiger delegirt ihn an Jemanden, dem er die Forderung schenken wollte, so kann der Schuldner auch gegen den neuen Gläubiger von allen Einwendungen Gebrauch machen, die er gegen die alte Schuld hatte[11].

b. Wenn aber der Gläubiger den Schuldner an Jemanden delegirt, dem er, der Gläubiger, selbst schuldete und durch die Delegation seine Schuld zahlen will, also eine aktive und passive Delegation verbunden ist, so kann der delegirte Schuldner, wenn seine Schuld nichtig oder anfechtbar war, dies gegen den neuen Gläubiger nicht geltend machen; z. B. ich bin dem A. aus einem Kauf 1000 M. schuldig und glaube von B. aus einem Vermächtnis 1000 M. zu fordern zu haben und delegire nun meinen vermeintlichen Schuldner B. an meinen Gläubiger A. so, daß meine Obligation zu meinem Schuldner B. völlig aufgehoben sein und B. dafür mit dem (Gläubiger) A. eine neue Obligation eingehen und ihm 1000 M. versprechen soll und dies mein Gläubiger als Zahlung von mir annehme. Wenn nun hier die alte Schuld des B. an mich eine nichtige oder anfechtbare war und B. es nicht wußte, so kann er gegen seinen neuen Gläubiger A. sich darauf nicht berufen, sondern muß ihm zahlen; denn A. hat durch die Delegation nicht ein indebitum erhalten, sondern nur Das bezahlt bekommen, was ich wirklich schuldig war, also suum recepit[12]. Aber der delegirte B. kann in solchen Fällen, wenn

---

[6] Cod. de novat. 8, 42 cst. 1. 6.
[7] S. oben § 191 Nr. II.
[8] Vgl. oben § 191 Nr. II 3.
[9] D. de novat. 46, 2 l. 12. 13. 19.
[10] D. de novat. 46, 2 l. 12 im Anf.
[11] D. de dol. exc. 44, 4 l. 7 pr.
[12] D. de novat. 46, 2 l. 12 (verbis: »sed si« ꝛc.), l. 19; de re iudic. 42, 1 l. 41 pr.

er nun den A. bezahlt, den Betrag des Gezahlten von mir, seinem Deleganten, ersetzt verlangen mit der condictio indebiti oder der actio mandati contraria[13].

Übrigens ist die Delegation auch für den neuen Gläubiger in so fern mißlich, als durch die Delegation die Accessionen der alten Schuld untergehen[14], wenn sie nicht bei der Delegation ausdrücklich erneuert wurden[15].

Eine solche aktive Delegation ist aber gar nicht eine Übertragung der Forderung an einen Andern, keine Succession in dieselbe (in die Forderung) durch Eintritt in die fremde Obligation, sondern eine Vernichtung der bisherigen Obligation und Kreirung einer neuen unter freier Mitwirkung des Schuldners[16].

B. Es giebt aber auch eine wahre Succession in eine fremde Forderung in der Art, daß die bestehende Obligation ganz unverändert bestehen bleibt und nur ein Anderer als Gläubiger an die Stelle des bisherigen Gläubigers tritt.

Dies ist der Fall bei jeder Universalsuccession[17]. Denn auf den Universalsuccessor, z. B. den Erben gehen die Forderungen Dessen, dem er succedirt, ganz so über, wie sie diesem zustanden, mit allen ihren Accessionen und mit ihren etwaigen Mängeln[18].

Es kann aber auch geschehen durch eine Singularsuccession in eine einzelne bestehende Forderung, welche durch Cession bewirkt wird[19].

Eine Singularsuccession in eine fremde Forderung würde heißen, daß die Forderung unverändert und ganz so, wie sie besteht, auf einen Andern übertragen wird, sie also nur den Gläubiger wechselt und der neue Gläubiger lediglich an Stelle des alten in die Obligation eintritt, die alte Forderung ganz unverändert fortdauert, sie aber dem neuen Gläubiger gehört und er sie ganz so hat, wie sie dem alten Gläubiger zustand, mit allen Vorzügen, Accessionen und

---

[13] D. de novat. 46, 2 l. 13.

[14] Z. B. die mit ihr verbundenen Pfandrechte, Bürgschaften, Zinsversprechen.

[15] S. oben § 191 Nr. II 1. [16] Gaius Inst. II § 38.

[17] S. oben § 68 Lit. A (Th. I S. 312).

[18] Oben § 68 Lit. A u. D. Vgl. Arndts § 521.

[19] Über die Lehre von der Cession s. besonders Mühlenbruch Lehre von der Cession der Forderungsrechte (1817. 3. Ausg. 1836); außerdem namentlich auch (auf Mühlenbruchs Schultern): Puchta im Rechtslexikon Bd. II 636 f. (auch in seinen kleinen Schriften Nr. 27); Windscheid Die actio des römischen Rechts S. 120—221 und Pandekten § 329 f.; Alb. Schmid Die Grundlehren der Cession nach römischem Recht. II Theile (1863. 1866).

etwaigen Mängeln, überhaupt an der Obligation gar Nichts geändert wird, als die Perſon des Gläubigers. Eine ſolche Singular-Succeſſion in eine Forderung erklären viele Neuere ſchon der Natur der Sache nach für eine juriſtiſche Unmöglichkeit: und wirklich war dies auch die Auffaſſung des älteren römiſchen Rechts. Allein die Natur der Sache widerſtreitet keineswegs einer ſolchen Succeſſion[20], und davon geht das ſpätere Recht und unſer heutiges Recht aus. Man muß daher das ältere römiſche Recht wohl unterſcheiden von ſeiner ſpäteren Umbildung und dem gemeinen deutſchen Recht.

I. Wenn man das Verhältnis bei Obligationen in unrichtiger Weiſe zu ſcharf auffaßt, ſo könnte man leicht verleitet werden, die Möglichkeit einer Singularſucceſſion in eine Forderung ganz zu leugnen und (wie es viele Neuere thun) etwa ſo zu argumentiren: eine Obligation bilde ein perſönliches Band zwiſchen einem beſtimmten Gläubiger und ſeinem Schuldner. In ein ſolches Band könne nicht ein Anderer an die Stelle des bisherigen Gläubigers (als Gläubiger) eintreten; es beſtimme ſich in ſeinem Inhalt durch die perſönlichen Beziehungen zu dem beſtimmten Gläubiger und dem beſtimmten Schuldner. Man könne ein ſolches Band nur zerreißen und an ſeine Stelle eine ganz neue Obligation, zwiſchen dem alten Schuldner und dem neuen Gläubiger, ſetzen, wie bei der aktiven delegatio (Lit. A). Dies iſt dann aber keine Succeſſion in die alte Forderung, ſondern eine Vernichtung derſelben und Kreirung einer neuen. Eine Succeſſion in eine beſtehende Forderung (ſo daß die Forderung auf einen neuen Gläubiger ungeändert übergehe) durch Vertrag ſei alſo eine juriſtiſche Unmöglichkeit.

Wirklich dachte auf ähnliche Weiſe das ältere römiſche Recht[21]; es hielt die Veräußerung und Abtretung einer Forderung durch Vertrag, ſo daß ſie auf den neuen Gläubiger übergehen und nun ſeine Forderung ſein ſoll, für juriſtiſch unzuläſſig[22]. Allein der Verkehr ſuchte ſich nun eben durch Umwege zu helfen. Eine Forderung, die mir zuſteht, kann ich jedenfalls durch einen Beauftragten oder Be-

---

[20] Ausgenommen in den Fällen, in welchen es bei einer Obligation weſentlich auf die Perſönlichkeit des Gläubigers ankommt (ſ. unten), was aber nicht die Regel iſt.

[21] Gaius Inst. II 38. 39.

[22] Arndts § 254 Anm. 1. Doch ließ es, freilich ſehr inkonſequent, wahre Succeſſion in eine Forderung im Wege des Erbgangs zu.

vollmächtigten, durch einen procurator einkaſſiren laſſen; ich kann ihm auch Auftrag geben, ſie in meinem Namen einzuklagen; auch kann ich ihm (meinem procurator) Das, was er für mich einkaſſirt, laſſen, es ihm ſchenken oder an ihn verkaufen.

Wollte daher ein Römer eine Forderung, gerade wie ſie beſteht, an einen Andern abtreten (ohne Änderung in der Obligation), ſo konnte er es zwar nicht geradezu und direkt thun, aber bis auf einen gewiſſen Grad einen ähnlichen praktiſchen Erfolg indirekt erreichen. Er gab ihm den Auftrag, als ſein Mandatar die Forderung in ſeinem, d. h. des Auftragenden Namen einzukaſſiren und im Nothfall einzuklagen, ſtellte ihm alſo ein mandatum ad agendum aus, ermächtigte ihn aber dabei, Das, was er einkaſſire, zu behalten. Er machte ihn alſo formell zu ſeinem procurator, aber zu einem procurator in rem suam (in rem procuratoris), d. h. er ſollte die Forderung zwar lediglich auf den Namen des Gläubigers als procurator desſelben mit der actio directa aus der Obligation geltend machen, aber zu ſeinem eigenen Vortheil[23].

Allein dieſer Umweg war läſtig und ungenügend, da der procurator in rem suam gar nicht gehörig geſichert war, wenn er nicht den Schuldner verklagt und es mit dieſem zur litis contestatio gebracht hatte, alſo dominus litis geworden war. Denn ein ſolches Mandat erloſch wie überhaupt ein Mandat mit dem Tod des Mandanten oder des Mandatars. Der procurator als bloßer Mandatar konnte das Einkaſſirungsrecht nicht auf einen Andern übertragen und der mandans konnte als Gläubiger die Forderung immer noch ſelbſt einkaſſiren oder dem Schuldner nachlaſſen u. ſ. w. Durch einen ſo kümmerlichen Umweg war der Verkehr mit Forderungen zu ſehr gehemmt.

II. Erſt in der Kaiſerzeit drang das praktiſche Bedürfnis durch und wurde eine eigentliche Übertragung und Veräußerung von Forderungen ermöglicht. Es wurde allmählich der procurator in rem suam als ſelbſtändiger Gläubiger anerkannt, alſo das Recht aus der Forderung als ein ihm zukommendes ſelbſtändiges Recht behan-

[23] Dies hieß actionem praestare, mandare, cedere. Es war die cessio des alten römiſchen Rechts. Sie beſtand alſo eigentlich nur in der Ermächtigung, eine fremde Forderung zu eigenem Beſten geltend zu machen; ein Surrogat, welches, freilich in kümmerlicher Weiſe, die eigentliche Abtretung der Forderung vertrat.

delt. Denn es wurde zugegeben, daß der procurator in rem suam die abgetretene Forderung nicht mehr in der Stellung eines bloßen Prokurators mit einer actio mandata geltend zu machen habe, ſondern ſie auf eigenen Namen (proprio nomine), als eine ihm zuſtehende, vermöge eignen Rechts mit einer actio utilis ex obligatione geltend machen könne, z. B. wenn ihm eine Forderung aus einem Darlehn abgetreten wurde, konnte er nun geradezu als Gläubiger vermöge eigenen Rechts den Schuldner mit der actio mutui utilis belangen. Dies wurde beſonders durch kaiſerliche Reſkripte, zunächſt von Antoninus Pius für einzelne Fälle eingeführt und dann allmählich auf alle Fälle der Abtretung einer Forderung ausgedehnt [24]. Die alte Form der Ertheilung eines mandatum ad agendum wurde unnöthig und die Ceſſion einer Forderung erhielt die Natur einer wahren Veräußerung der Forderung ſelbſt und bewirkte ſomit Succeſſion in dieſelbe. Zwar blieben noch einige Spuren der alten Auffaſſung beſtehen; allein dieſe wurden bei uns durch das gemeine Recht vollends ausgeſtoßen [25].

III. Hiernach geht das ſpätere römiſche und das heutige Recht über Ceſſion einer Forderung dahin:

1) Zur Abtretung einer Forderung bedarf es nicht mehr eines mandatum ad agendum. Vielmehr geht die Forderung durch jede vom Ceſſionar acceptirte Erklärung des Gläubigers, ſie ihm (dem Andern) hiermit zu überlaſſen oder abzutreten, auf den Ceſſionar über und zwar ſo, daß er ſie als ſeine eigene Forderung proprio nomine geltend machen und einklagen, über ſie frei verfügen, ſie auf ſeine Erben vererben und an Andere weiter abtreten kann, er überhaupt ſelbſtändiger Gläubiger des Schuldners wird [26].

2) Gegen den Schuldner aber muß die Wirkung der Ceſſion ſo lange gewiſſermaßen ſuspendirt ſein, als er von der Ceſſion noch keine Benachrichtigung (denunciatio) erhalten hat. So lange dies nicht geſchehen iſt, muß der alte Gläubiger, der Cedent, in der Weiſe noch als Gläubiger gelten, daß der Schuldner ihm ganz gültig zahlen, Vergleiche mit ihm ſchließen und Nachlaßverträge mit ihm eingehen und dadurch ſich von der Schuld liberiren kann. Nur iſt der Cedent

[24] Arndts § 254 Anm. 4. [25] S. unten Nr. III 5.
[26] Es gilt ſomit das unter I Geſagte nicht mehr. Cod. de donat. 8, 54 cst. 33; O. et A. 4, 10 cst. 1. Arndts § 255 im Anf. und Anm. 1.

dafür dem Ceſſionar erſatzpflichtig. Der Ceſſionar kann dies aber wirkſam verhindern.

Sobald nämlich der Schuldner von der Ceſſion durch den Ceſſionar in einer die Ceſſion beweiſenden Weiſe benachrichtigt wird (denunciatio), ſo hat er von nun an lediglich den Ceſſionar als ſeinen Gläubiger anzuerkennen, kann daher von da an an den früheren Gläubiger nicht mehr gültig zahlen, ſondern nur an den Ceſſionar; und wenn er dennoch an den alten Gläubiger zahlt oder mit ihm Verträge über die Schuld ſchließt, ſo iſt dies für den Ceſſionar als nicht geſchehen zu betrachten und dieſer kann dennoch Zahlung von ihm verlangen[27].

3) Von ſelbſt verſteht ſich, daß man nicht Mehr abtreten kann, als man ſelbſt hat, alſo auch nicht ein beſſeres Recht, als man hat[28]. Hieraus folgt: die Forderung geht zwar mit allen ihren Acceſſionen (Pfandrecht, Zinsſtipulation ꝛc.) und Vorzügen auf den Ceſſionar über[29], aber auch mit allen ihren Mängeln; der debitor cessus behält alle (Einwendungen und) Einreden, die er gegen den alten Gläubiger wegen der Schuld vor der denunciatio (Benachrichtigung von der Ceſſion) erworben hatte (z. B. die exceptio doli, wenn die Forderung durch dolus des alten Gläubigers begründet war; die exceptio pacti, wenn der alte Gläubiger vor der Denunciation ſie ihm nachgelaſſen hatte), und kann von ihnen auch gegen den Ceſſionar Gebrauch machen. Die abgetretene Forderung beſtimmt ſich ganz nach dem Beſtande, den ſie beim alten Gläubiger in der Zeit vor der Denunciation hatte und hierin gilt bei der actio utilis, d. h. der ſelbſtändigen Klage, die der Ceſſionar nach neuerem Recht aus der Forderung anſtellen kann, Dasſelbe, wie bei der actio mandata des ältern Rechts[30]. Dies folgt ſchon aus den allgemeinen Grundſätzen über Succeſſion[31].

4) Eine Zuſtimmung des Schuldners zur Ceſſion wird nicht erforderlich, eben weil er durch die Ceſſion Nichts an ſeinen Rechten verliert[32].

---

[27] Arndts § 256 Note c. d und Anm. 1. Cod. de nov. 8, 42 cst. 3; quae res pign. 8, 17 cst. 4; D. de transact. 2, 15 l. 17. — Dadurch fiel das unter I a. E. Geſagte weg.

[28] Vgl. oben § 68 Lit. D (Th. I S. 316). [29] Arndts § 256 letzter Abſ.

[30] Cod. de hered. vend. 4, 39 cst. 5. 8. — Arndts § 256 Note e ff.

[31] Vgl. oben § 68 Lit. D (Th. I S. 316).

[32] S. Nr. 3. Anders iſt dies bei der delegatio. — Cod. l. c. cst. 3 und de novat. 8, 42 cst. 1.

5) Hiernach iſt (durch das unter Nr. 3 Geſagte) das Princip gewahrt, daß die Abtretung einer Forderung keine Vernichtung und Änderung der Forderung enthält, ſondern eine wahre Übertragung der Forderung iſt und eine Succeſſion in dieſelbe bewirkt[33]. Zwar konnte auch das ſpätere römiſche Recht ſich nicht ganz von dem alten ſchiefen Gedanken losreißen; es nimmt an, die actio directa aus der Obligation ſtehe doch eigentlich noch immer dem alten Gläubiger zu, dieſer bleibe formell Gläubiger. Dies war aber bloß ein formeller Reſt der alten Anſicht, ohne ein weſentlich praktiſches Moment; denn die abgetretene Forderung war für den alten Gläubiger nach der denunciatio (Nr. 2) materiell inanis; klagte er gegen den Schuldner mit der actio directa (die ihm nach römiſcher Auffaſſung stricto iure zuſteht), ſo konnte dieſer ſie mit einer exceptio doli perimiren; wenn aber der Schuldner ihm doch zahlen würde, ſo befreite ihn dies nicht von der Schuld gegen den Ceſſionar; eben weil in Wirklichkeit dieſer ſein Gläubiger iſt. Der Schuldner kann in einem ſolchen Falle bloß vom alten Gläubiger das Gezahlte mit einer condictio indebiti zurückfordern, wenn er nicht wußte, daß er ihm nicht zu zahlen verbunden war[34]. Jenen formellen Reſt aber ſtieß bei uns das Gewohnheitsrecht vollends aus; es behandelt den Cedenten von der Abtretung an gar nicht mehr, auch nicht mehr formell als Gläubiger[35].

Dennoch behaupten noch viele Neuere, Forderungen ſeien nach dem ſpäteren römiſchen Recht und bei uns eigentlich unübertragbar und unveräußerlich; eine Succeſſion in dieſelbe durch Abtretung ſei unmöglich; die Abtretung trage nicht die Forderung ſelbſt auf den Ceſſionar über, ſondern gebe ihm bloß das Recht, eine fremde Forderung unter der Firma des alten Gläubigers auszuüben; dieſer allein ſei der Gläubiger; der Ceſſionar ſei immer bloß ein procurator des Gläubigers, aber in rem suam; die Forderung ſelbſt könne gar nicht übertragen werden; und dies Alles ſoll gar in der Natur der Sache liegen[36]. Dies iſt aber ein unbegreifliches Befangenſein in der einſeitigen Auf-

---

[33] Vgl. auch Arndts § 255 a. E.

[34] De de pact. 2, 14 l. 16 pr. Arndts § 256 Anm. 3.

[35] Vgl. Arndts § 254 Anm. 6 u. 7 und die dort Angeführten, und nun beſonders auch Stobbe in der Zeitſchrift für Handelsrecht Bd. XI (1868) S. 399 f.

[36] Z. B. Puchta im Rechtslexikon Bd. II verbo: „Ceſſion"; Bangerow Pand. Bd. III § 574 Anm. 1 a. E.; Schmid l. c. Th. I S. 438.

faſſung des alten römiſchen Rechts. Allerdings iſt die cedirte Forderung, die auf den Ceſſionar übergeht, in ihrer Entſtehung eine fremde; er übt eine Forderung aus, die in einem Andern entſtanden iſt; aber durch die Ceſſion iſt ſie ſeine eigene geworden[37]. Denn nach Nr. 1—3 gehört die cedirte Forderung dem Ceſſionar, er kann nun nach Belieben mit ihr verfahren, ſie dem Schuldner wirkſam nachlaſſen, an Andere weiter abtreten ꝛc. und dies heißt doch nichts Anderes als: durch die Ceſſion geht die Forderung auf den Ceſſionar über, in der Weiſe, wie ſie beim alten Gläubiger beſtand; ſie wird an ihn veräußert, er erwirbt ſie durch Succeſſion und ſo ſprechen auch ſchon die römiſchen Quellen von nomina vendere, distrahere (alſo ſie veräußern) und nomina emere (alſo in ſie ſuccediren), ferner: actiones per cessionem in alium transferre[38].

Hiernach iſt die Ceſſion einer Forderung nichts Anderes, als die Veräußerung einer Forderung und Übertragung derſelben auf einen Andern, ſo daß ſie dieſem als Rechtsnachfolger des Veräußernden in ihrem bisherigen Beſtand zukommt.

Die Bezeichnungen der römiſchen Quellen bei dieſem Inſtitut erklären ſich theilweiſe aus der hiſtoriſchen Entwicklung desſelben. Sie behielten die einmal hergebrachten Bezeichnungen bei, obwohl ſie nicht mehr alle paßten; ſie bezeichnen die Ceſſion durch actiones mandare und cedere (procuratorem in rem suam facere), aber auch geradezu durch nomina cedere; den Cedenten durch: is qui actiones mandat; den Ceſſionar durch procurator in rem suam; den debitor cessus durch: is, adversus quem actiones mandantur.

6) Zu der Ceſſion wird bloß erfordert:

a. Veräußerungsfähigkeit des Cedenten, denn die Ceſſion iſt eine Veräußerung der Forderung[39].

b. Abtretbarkeit der Forderung; dieſe bildet die Regel. Es giebt aber einige Forderungen, die nicht abgetreten werden können[40].

---

[37] Nur iſt ſie nach dem Zuſtand zu beurtheilen, in welchem ſie vor der denunciatio war; alſo in ſo weit nach dem alten Gläubiger.

[38] S. die Stellen bei Arndts § 254 Anm. 5. — D. de hered. vel act. vend. 19, 4 l. 4. 7. 19; Cod. de novat. 8, 42 cst. 1.

[39] Ein minor kann daher nur mit Zuſtimmung ſeines Vormunds cediren.

[40] S. Arndts § 258 und über Lit. d (actio litigiosa) ſ. oben § 110 Nr. II 2 Th. I S. 557).

Natürlich aber kann man nur Forderungen, nicht auch Schulden cediren[41]. Man kann daher, wenn man aus einer Obligation berechtigt und verpflichtet iſt, wie bei Kauf oder Miethe einer Sache, nur das Recht aus der Obligation, aber nicht die Schuld aus derſelben abtreten.

c. Der Akt der Abtretung ſelbſt; dieſer beſteht bloß in einer formloſen auf Übertragung der Forderung gehenden Erklärung an den Ceſſionar, z. B. daß man ihm hierdurch die Forderung überlaſſe oder ihm hiermit abtrete u. dergl.[42].

Rechtsgeſchäfte, die eine Abtretung zum Zweck haben (welche die causa der Abtretung bilden[43]), ſind alle Veräußerungsgeſchäfte (z. B. man kann eine Forderung durch Verkauf, Tauſch, Schenkung ꝛc. übertragen; auch kann man ſie Jemandem vermachen[44]. Es giebt aber auch Fälle, in denen man ſchon vermöge geſetzlicher Beſtimmung verpflichtet iſt, eine Forderung zu cediren[45]. Deßhalb unterſcheiden Viele eine ſog. cessio voluntaria (freiwillige, wenn man durch ein Veräußerungsgeſchäft zur Abtretung einer Forderung ſich verpflichtet hat, oder eine Forderung vermacht) und necessaria (nothwendige, wenn man aus anderen Gründen zur Ceſſion gezwungen werden kann).

7) War das Veräußerungsgeſchäft, durch welches der Ceſſionar die Forderung erhielt, ein entgeltliches, z. B. Kauf, datio in solutum ꝛc.: ſo muß ihm der Cedent für nomen verum haften, d. h. für ihre rechtliche Durchführbarkeit, alſo daß die Forderung keine rechtlichen Mängel hat; hat ſie ſolche und waren ſie dem Ceſſionar unbekannt (z. B. exiſtirte ſie gar nicht, oder war ſie nur zum Theil begründet, oder konnte der Schuldner ſie durch Einreden anfechten und daher der Ceſſionar ſie nur theilweiſe oder gar nicht durchſetzen, ſ. Nr. 3), ſo kann der Ceſſionar dafür vom Cedenten[46] Evik-

---

[41] Vgl. unten § 144. [42] Arndts § 255 Anm. 1.

[43] Die Ceſſion iſt kein Rechtsgeſchäft für ſich, ſondern bloß Zweck und Vollziehung eines andern Rechtsgeſchäfts.

[44] Arndts § 255 Anm. 1. 2.

[45] S. die einzelnen Lehren. Vgl. Arndts § 255 Anm. 3. 4. Vangerow Pand. III § 574 Anm. 4. Mühlenbruch § 37.

[46] S. hierüber unten § 205. — Dies aber nur dann, wenn das Geſchäft, durch welches er vom Cedenten die Forderung erwarb, ein entgeltliches Veräußerungsgeſchäft war, z. B. Kauf, Tauſch ꝛc., nicht wenn ihm die Forderung geſchenkt oder vermacht wurde. Arndts § 257 Note a.

tionsleiſtung verlangen. Dagegen haftet der Cedent nicht auch für nomen bonum, d. h. nicht für die faktiſche Durchführbarkeit, z. B. nicht für die Solvenz des Schuldners, außer wenn er in dolo war oder ausdrücklich verſprochen hatte, auch dafür haften zu wollen[47].

8) Über die beſonderen perſönlichen Rechte (privilegia)[48] vgl. oben § 38 Nr. VII[49].

2. Eintritt in die paſſive Seite einer Obligation.

§ 194.

In die paſſive Seite einer Obligation, alſo in eine fremde Schuld kann man als Schuldner eintreten durch Univerſalſucceſſion[1]. Es kann aber auch geſchehen in Beziehung auf eine einzelne Schuld durch Rechtsgeſchäft unter Lebenden[2]. Solche Rechtsgeſchäfte bezeichnet das römiſche Recht durch intercessio. Denn intercessio umfaßt jeden (freiwilligen) Eintritt in eine fremde (ſei es eine bereits beſtehende oder erſt noch zu kontrahirende) Schuld durch einen (dieſen Eintritt bezweckenden) Vertrag mit dem Gläubiger, ſei es in die ganze Schuld oder in einen Theil derſelben; ſei es ſo, daß der alte Schuldner auch noch verhaftet bleibt oder aufhören ſoll, Schuldner zu ſein. Sie begreift daher folgende Fälle.

A. Sog. intercessio privativa, d. h. wenn Jemand durch Vertrag mit dem Gläubiger an die Stelle des Schuldners in der Art tritt, daß er nun ſtatt des Schuldners Schuldner werden ſoll. Dies ſind folgende Fälle:

I. Eintritt in eine erſt zu kontrahirende Schuld, d. h. wenn man eine Verbindlichkeit, die Jemand kontrahiren wollte, ſtatt

---

[47] D. de act. vend. 18, 4 l. 4, 5; de evict. 21, 2 l. 74 § 3.

[48] Arndts § 256 a. E.

[49] Th. I S. 189. — Über die Ceſſion einer rei vindicatio ſ. oben § 131 Lit. A 4. — Über die lex Anastasiana ſ. Arndts § 259; mit Recht haben in neuerer Zeit die meiſten Partikularrechte (z. B. Baiern, Sachſen, Württemberg) dieſes Geſetz ganz beſeitigt.

[1] Auf den Erben ꝛc. gehen die Schulden des Erblaſſers über. S. Arndts § 522. Vgl. oben § 68 Nr. III A (Th. I S. 312).

[2] Bei dieſen kann aber natürlich ein ſolcher Eintritt nur durch einen Vertrag mit dem Gläubiger vermittelt werden, weil einem Gläubiger nicht wider ſeinen Willen ein anderer Schuldner aufgedrängt werden kann.

Hier besteht die alte Obligation ungeändert fort, nur daß die Person des Schuldners eine andere ist; es ist eine wahre Succession in die Schuld vorhanden, gerade wie wenn ein Erbe in eine Schuld des Erblassers tritt. Man würde ein solches Rechtsgeschäft am besten bezeichnen durch *Schuldübernahme im engern* und eigentlichen Sinn[13]. Zu diesem Zwecke wird

a. gewöhnlich der alte Schuldner einen Vertrag mit dem Übernehmenden (neuen Schuldner) schließen, in welchem dieser sich verpflichtet, die Schuld, wie sie besteht, zu übernehmen. Aber dies reicht nicht hin und ist nicht nothwendig. Es reicht nicht hin: denn es ist noch Zustimmung des Gläubigers nöthig, da ihm nicht wider seinen Willen ein anderer Schuldner aufgedrungen werden kann. Jener Vertrag ist aber auch nicht nothwendig. Denn es kann auch (wie die expromissio) ohne Willen des alten Schuldners durch einen Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem neuen Schuldner geschehen, in welchem der Letztere die Schuld zu übernehmen erklärt und der Gläubiger ihn an Stelle des alten Schuldners als Schuldner annimmt.

b. Wenn ein Dritter sich für die Schuld verbürgt oder seine Sache für sie (die Schuld) verpfändet hatte und Bürgschaft oder Pfand (auch beim Eintritt des neuen Schuldners) fortdauern soll, so ist Zustimmung dieses Dritten nöthig, weil Das, was er für den *alten* Schuldner gethan hat, nicht von selbst auf den neuen extendirt werden kann.

B. Sog. *intercessio cumulativa*. Eine Intercession kann auch so geschehen, daß Jemand einer fremden Schuld als Schuldner bloß *beitritt*, d. h. so, daß er für sie (ganz oder theilweise) *neben* dem Schuldner haftet, dieser also *nicht* von seiner Schuld frei wird. Hierher gehören namentlich

1) die Fälle der principalen Eingehung einer Korrealobligation[14]. Denn in ihnen intercedirt der eine correus für *den* Theil der Schuld, der an sich den andern allein getroffen haben würde.

---

[13] Die meisten Civilisten übergehen diese Schuldübernahme ganz, weil die römischen Quellen sie nicht kennen. Allein an und für sich ist gegen die Möglichkeit derselben juristisch Nichts zu erinnern und in unserem Rechtsleben ist sie gerade Das, was die Parteien gewöhnlich beabsichtigen, wenn sie eine fremde Schuld übernehmen. Auch haben sich nun im Wesentlichen einige Neuere dafür ausgesprochen, s. *Arndts* § 254 letzter Absatz und Anm. 7 und *Windscheid* Pand. § 338.

[14] S. oben § 177 Nr. II A 1.

2) die Fälle der acceſſoriſchen Korrealobligation[15], beſonders Bürgſchaft[16];

3) das constitutum debiti alieni und das ſog. mandatum qualificatum[17].

4) Gewiſſermaßen iſt es auch eine Interceſſion, wenn Jemand ſeine Sache für die Schuld eines Andern verpfändet; er tritt zwar hier nicht der Schuld des Andern bei, aber ſeine Sache haftet doch für ſie, ſo daß der Pfandgläubiger ſich aus der Sache bezahlt machen kann. — Dagegen iſt wohl zu beachten, daß es keine Interceſſion iſt, wenn man eine fremde Schuld geradezu bezahlt, denn hier übernimmt man nicht eine fremde Schuld (noch tritt man in eine ſolche ein)[18].

Neuntes Kapitel. Erlöſchung der Obligationen.

§ 195.

(Arndts §§ 260—277.)

Die meiſten Thatſachen, durch welche eine Obligation aufgehoben werden, alſo Forderung und Schuld erlöſchen kann, ſind allgemeiner Natur, d. h. Aufhebungsgründe, welche bei jeder Obligation oder wenigſtens bei umfaſſenden Klaſſen derſelben vorkommen können[1].

Es giebt aber auch Erlöſchungsgründe, die bloß gewiſſen Obligationen eigenthümlich ſind, alſo den Charakter des Beſonderen haben[2].

Eine zweite Verſchiedenheit der Erlöſchungsgründe betrifft ihre Wirkung. Die meiſten haben die Wirkung, daß, wenn ſie eintreten, die Obligation dadurch ſofort vernichtet wird mit allen ihren Anhängen, ſie ipso iure (in dieſem Sinne) erliſcht[3].

Es giebt aber auch Erlöſchungsgründe, bei denen die Obligation

---

[15] S. oben § 177 Nr. II A 1.
[16] S. unten § 222. [17] Unten § 222.
[18] Über die Interceſſionen der Frauensperſonen ſ. unten § 222.
[1] Arndts § 261 f.
[2] Vgl. Arndts § 313 Nr. 3. 4 § 319 Nr. 3. 4. Sie gehören in den beſonderen Theil.
[3] S. oben § 69 Beil. I Nr. I (Th. I S. 331).

an sich gültig bleibt, durch den Erlöschungsgrund bloß Anfechtbarkeit derselben (durch eine Klage oder exceptio) begründet wird, wie z. B. bei dem pactum de non petendo[4] und bei der erlöschenden Verjährung[5].

Die einzelnen Erlöschungsgründe allgemeinerer Natur sind folgende.

A. Zahlung. Diese ist der wichtigste Erlöschungsgrund, der eigentlich im Zweck jeder Obligation liegt[6]. — Wenn der Schuldner seine Schuld zahlt, so kann er vom Gläubiger eine Quittung (apocha) verlangen, d. h. eine Urkunde, in welcher er bezeugt, daß der Schuldner bezahlt habe. Eine solche Quittung hat aber nach gemeinem Recht vor Ablauf von 30 Tagen von ihrer Ausstellung an keine Beweiskraft, und der Gläubiger, der sie ausstellte, hat während der 30 Tage dieselben Rechtsmittel, welche in Betreff eines Empfangsscheins über ein Darlehn statthaben[7]. Bei Schulden aus Handelsgeschäften aber hat die Quittung sofort volle Beweiskraft[8].

B. Kompensation[9]. Compensatio, Abrechnung, Gegenrechnung, ist, wenn von zwei Personen eine der andern Etwas schuldet und die Schuld der einen gegen die der andern ganz oder theilweise aufgehoben wird[10]. Es wird hier gleichsam mit dem Betrag der einen Schuld die andere bezahlt und umgekehrt. Man muß aber unterscheiden:

I. Die sog. compensatio voluntaria, d. h. wenn beide Theile verabreden, daß ihre Schulden sich ganz oder theilweise gegenseitig aufheben sollen; hier giebt es keine Schranke. Es geht Alles nach dem übereinstimmenden Willen der Partieen; sie können auf diese Weise die heterogensten Forderungen kompensiren[11].

---

[4] S. unten die Beil.

[5] S. oben § 69 Beil. I Nr. 2 (Th. I S. 332) und § 108 (Th. I S. 551).

[6] Das Nähere über sie s. oben § 181 und Arndts § 261—263. Über Arndts § 261 Note f. g. (gerichtliche Depositon) s. oben § 192 Lit. B. — Über Beweis der Zahlung s. Arndts § 262 und oben § 101 Beil. II Nr. II 4. 5 (Th. I S. 526 f.).

[7] S. unten § 197.

[8] Deutsches Handelsgesetzbuch Art. 295. — Ebenso nach dem Sächsischen Gesetzbuch bei allen Schulden.

[9] Arndts § 264—266. Die Litteratur s. das. § 264 Anm. 1, besonders Dernburg Die Kompensation nach römischem Recht. 2. Aufl. 1868. Herm. Schwanert Die Kompensation nach römischem Recht. Rostock 1870. Ubbelohde Über den Satz ipso iure compensatur. Göttingen 1858.

[10] D. de compens. 16, 2 l. 1.

[11] Es giebt dann eben die eine Partie der anderen ihre Forderung gleichsam an Zah-

II. Die sog. compensatio necessaria, d. h. wenn jede Partie es sich gefallen lassen muß, daß ihr Gegner gegen sie kompensirt. Dies ist der Fall, wenn die gegenseitigen Forderungen so gleichartig sind, daß der Inhalt der einen mit dem der andern ganz oder theilweise bezahlt werden kann.

Daß sich hier jede Partie die Kompensation gefallen lassen muß, dafür spricht zwar nicht das strenge Recht, aber eine natürliche aequitas und die bona fides. Denn diese würden verletzt, wenn ein Schuldner, der von seinem Gläubiger Gleiches zu fordern hat, nicht abrechnen könnte, sondern auf Verlangen des Gläubigers zahlen müßte, während er doch sofort nachher ganz oder theilweise eine gleiche Zahlung vom Gläubiger verlangen könnte[12].

Um aber auf diese Weise gegen den Willen des Gläubigers die Schuld mit einer Forderung, die man an ihn hat, kompensiren zu können, müssen beide einander gegenüberstehende Forderungen der Betheiligten wirklich der Art sein, daß mit dem Inhalt der einen sofort der der andern ganz oder theilweise bezahlt werden kann; beide müssen also namentlich gültig und unanfechtbar und auf eine Quantität gleichartiger fungibler Sachen gehen, auch beide verfallen sein[13]. Darauf aber kommt es nicht an, ob die eine Forderung klagbar, die andere nicht klagbar (eine naturalis) ist[14]. Ferner ist nicht

---

lungsstatt. D. de V. S. 50, 16 l. 76; qui potiores 20, 4 l. 4. Arndts § 264 Note b.

[12] D. h. t. 16, 2 l. 2, 3; de R. I 50, 17 l. 173 § 3. Arndts § 264 Anm. 3.

[13] D. h. t. 16, 2 l. 7 pr. Arndts § 264 Nr. 1—5. Ist die Forderung der einen Partie betagt, die der anderen fällig und

1) die letztere verlangt Zahlung: so kann die erstere nicht kompensiren, weil sie ihre fällige Schuld nicht mit einer noch gar nicht fälligen Forderung zahlen kann (D. h. t. l. 7 pr.). Wenn aber die Nichtfälligkeit der Forderung lediglich auf einem vom Richter gegebenen Zahlungstermin oder auf einem vom Gesetz gegebenen Exekutionstermin beruht, so ist eigentlich an sich die Obligation fällig (dies obligationis venit) und nur »humanitatis gratia« eine kurze Nachsicht ertheilt (um den Schuldner nicht so sehr zu drücken); eine solche Forderung kann daher gegen eine fällige Forderung des Schuldners zur Kompensation benutzt werden; auch wird ja dadurch der Schuldner nicht gedrückt, da nicht gegen ihn exequirt wird (sondern er nur durch die Kompensation Nichts oder Weniger bekommt), jener Termin aber sich bloß auf Aufschub der Exekution bezieht (D. h. t. l. 16 § 9).

2) Würde die erstere (d. h. welche erst ex die zu fordern hat) ante diem vom Schuldner, welcher eine fällige Forderung an seinen betagten Gläubiger hat, Zahlung verlangen, so kann der Schuldner, wenn er nicht dilatorisch excipiren will, natürlich seine fällige Forderung zur Kompensation benutzen, indem er dann eben auf den ihm eingeräumten dies verzichtet.

[14] Der, dem die letztere gegen seinen Gläubiger, der gegen ihn eine klagbare Forderung hat, zusteht, kann seine unklagbare Forderung zur Kompensation mit der klagbaren Forderung seines Gläubigers benutzen. Vgl. oben § 180. Arndts § 264 Anm 5 (und über das daselbst — Anm. 5 — Gesagte, s. oben § 111 Beil. II (Th. I S. 570).

nöthig, daß beide Forderungen gleich groß ſind; denn ſind ſie von verſchiedener Größe, ſo wird eben ſo weit kompenſirt, als ſie gleich ſind[15]. Auch kommt es nicht darauf an, ob die eine Forderung verzinslich oder durch Nebenrechte geſichert iſt, die andere nicht[16].

Ein ſolches Recht auf Kompenſation wurde vom römiſchen Recht nur allmählich anerkannt, zuerſt bei Forderungen aus bonae fidei negotiis, aber auch bei dieſen lange Zeit nur beſchränkt; dann ſpäter allgemeiner und zuletzt auch bei stricti iuris actionibus[17]. Dabei ſagen die Quellen[18], die Kompenſation trete, wenn gleichartige Forderungen der genannten Art einander gegenüberſtehen, ipso iure ein. Was dies heißen ſoll, darüber iſt viel Streit[19]. Es heißt nur ſo viel: ſobald die Forderungen ſo, daß ſie kompenſirt werden könnten, zur Exiſtenz gekommen ſind und einander gegenüberſtehen, hat nun jede Partie ſchon an ſich und vermöge der Natur des Verhältniſſes und nach den anerkannten Grundſätzen des Rechts, das Recht auf Kompenſation, alſo das Recht zur exceptio compensationis erworben; und zwar tritt, wenn eine Partie von dieſem Recht Gebrauch zu machen erklärt, die Kompenſation dann ſofort in der Art ein, daß die Forderungen ſo behandelt werden, als ob ſie zu der Zeit, in der ſie als kompenſable einander gegenübergetreten ſind, ipso iure (in dieſem Sinn) gegenſeitig aufgehoben worden ſeien[20]. Keineswegs aber heißt es[21], daß die Kompenſation ganz von ſelbſt eintrete, ohne alle Mitwirkung des Willens einer Partie, alſo auch dann, wenn die Partieen nicht kompenſiren wollen[22]. Denn die Kompenſation wird den Partieen nicht wider ihren Willen (durch das Geſetz) aufgedrungen, ſie tritt nur ein, wenn die eine oder die andere Partie den Willen zu kompenſiren ausſpricht; z. B. durch eine exceptio oder replica compensationis (oder auch durch eine außergerichtliche Erklärung)[23]. Nur die eine Partie kann die andere zur Kompenſation zwingen[24]. Das

---

[15] I. de act. 4, 6 § 30. [16] D. h. t. 16, 2 l. 11. 12.

[17] Arndts § 265 Anm. 1.

[18] S. die in Anm. 1 (Arndts § 265) angeführten Stellen.

[19] Vgl. Bangerow Pand. § 618 Anm. 1; Dernburg Kompenſation (2. Ausg.) S. 281 f.

[20] Arndts § 265 Note e— i und Anm. 3. Dernburg l. c. S. 309 f., 487 f., und beſonders Bangerow Pand. § 318 (beſonders S. 359 f.).

[21] Wie viele Altere das ipso iure Eintreten der Kompenſation nahmen.

[22] Arndts § 265 Anm. 1. [23] Arndts l. c. Note a—d.

[24] Wenn aber beide nicht wollen, wird ihnen die Kompenſation nicht aufgedrungen.

Gegentheil würde auch gegen die Natur der Sache ſein; denn ein Schuldner, der gegen ſeinen Gläubiger eine Forderung hat und alſo kompenſiren könnte, kann doch ſeine guten Gründe haben, es nicht zu thun, oder lieber, wenn ſein Gläubiger es verlangt, ſeine Schuld zu zahlen und dann ſpäter erſt ſeine Forderung gegen ihn unter geänderten Umſtänden beſonders geltend zu machen und einzuklagen[25].

C. Aufhebende Verträge.

I. Schuldtilgungs- und Nachlaßvertrag. Acceptilatio und pactum de non petendo[26].

II. Die Novation. Durch dieſe wird nicht bloß eine beſtehende Obligation aufgehoben, ſondern zugleich an ihre Stelle eine neue Obligation geſetzt[27].

III. Vergleich und Kompromiß[28]. Eigentlich gehören dieſe Verträge gar nicht hierher. Sie heben nicht ihrer Natur nach eine Obligation auf. Das Kompromiß[29] ſoll nur zu ſchiedsrichterlicher Entſcheidung über irgend einen beſtrittenen Anſpruch[30] führen. Der Vergleich aber kann zwar auch eine Aufhebung der Obligation zum Zweck haben[31]; es gehört dies aber gar nicht zu ſeinem Weſen[32].

Vergleich (transactio) nämlich iſt ein Vertrag, durch welchen die Partieen irgend eine Ungewißheit (Zweifel oder Streit) über ein Rechtsverhältnis durch gegenſeitige Zugeſtändniſſe beſeitigen[33]. Es wird nämlich

1) zu einem Vergleich erfordert eine res dubia, über die tranſigirt werden ſoll. Rechte, die in jeder Hinſicht in Umfang und Folgen gewiß und unbeſtritten ſind, können nicht Gegenſtand eines

---

[25] Über einige Beſchränkungen der Kompenſation ſ. Arndts § 266.

[26] Darüber ſ. unten die Beil. Arndts § 267.

[27] Arndts § 268. Sie mußte daher an einem andern Orte entwickelt werden. Über ſie überhaupt und über delegatio und expromissio ſ. oben § 191 Nr. II § 193 Lit. A und § 194 Lit. A.

[28] Arndts § 269. 270.

[29] Über dasſelbe gehört das Nähere in den Civilproceß.

[30] Dieſer Anſpruch kann auch ein dinglicher ſein.

[31] Arndts § 269 Note h.

[32] Er gehört zu der Lehre von den einzelnen obligatoriſchen Verträgen.

[33] Dieſe Zugeſtändniſſe können in Leiſtungen jeder Art beſtehen, z. B. in theilweiſem Verzicht auf einen Anſpruch gegen Anerkennung des Rechts desſelben von der anderen Seite; oder in Verzicht auf den ganzen Anſpruch gegen Leiſtung einer Geldſumme, oder gegen eine andere Leiſtung; oder Anerkennung des ganzen Anſpruchs gegen eine der anderen Partie zu machende Leiſtung.

Der Vergleich kann ſich beziehen auf dingliche oder perſönliche oder Familienrechtsverhältniſſe.

Vergleichs sein, sondern nur eines andern Vertrags, z. B. eines Nachlaßvertrags, Kaufs, Tauschs u. dgl.[34] Aber zum Vergleich ist nicht gerade nöthig, daß der Anspruch ein bestrittener sei und der Vertrag sich auf einen Rechtsstreit beziehe[35]; ein Vergleich ist es auch, wenn bei einem ganz unbestrittenen Anspruch eine Ungewißheit anderer Art beseitigt werden soll; z. B. wenn ich von N. eine Leibrente von jährlich 1000 M. bis an meinen Tod zu beziehen habe und durch einen Vertrag mit ihm auf die Rente verzichte, dafür, daß er mir eine Aversalsumme auf einmal zahlt, so ist es ein Vergleich, weil es sehr ungewiß war, wie lange er mir die Rente zahlen müßte (und diese Ungewißheit durch den Vergleich beseitigt wird)[36].

2) Der Vergleich ist seinem Wesen nach ein entgeltlicher Vertrag; es treten daher bei ihm die allgemeinen Grundsätze über entgeltliche Verträge ein; jede Partie muß sich zu einer Leistung anheischig machen, bestehe sie in Anerkennung gegnerischer Rechte (ganz oder theilweise), oder Aufgeben des Anspruchs, oder in sonst einer Leistung. Macht sich bloß die eine Partie zu einer Leistung oder einem Zugeständnis verbindlich, so ist dies kein Vergleich, sondern ein anderes Geschäft; z. B. eine Schenkung, wenn der angeblich Berechtigte auf seine Ansprüche ohne Gegenleistung durch einen Nachlaßvertrag verzichtet; oder ein constitutum, wenn der angeblich Verpflichtete zu zahlen verspricht[37].

3) Der Vergleich war nach römischem Recht an sich ein bloßes unklagbares pactum, das aber durch Leistung für die Partie, die den Vergleich erfüllt hat, in einen Innominatkontrakt überging[38], wodurch sie also dann gegen den Gegner die actio praescriptis verbis auf Erfüllung erhielt[39]. Bei uns aber ist der Vergleich, wie jedes pactum, schon an sich klagbar und völlig bindend[40]. — Der auf Erfüllung Klagende muß beweisen, daß er selbst erfüllt habe, oder muß er sich wenigstens zur sofortigen Erfüllung erbieten (oder beweisen, daß er erst zu späterer Leistung verbunden sei)[41].

---

[34] Arndts § 269 Note e und Anm. 2.

[35] Dies ist nur der häufigste Fall des Vergleichs.

[36] D. de transact. 2, 15 l. 8.

[37] Cod. de transact. 2, 4 cst. 12. 35.

[38] Vgl. oben § 184 Lit. C 2.

[39] Cod. de pact. 2, 3 cst. 21; de transact. 2, 4 cst. 6. 18. Vgl. auch meine Condictio causa data ꝛc. S. 84.

[40] S. oben § 184 Lit. E.

[41] Es gilt überhaupt, was von der exceptio non impleti contractus bei entgeltlichen Verträgen gilt.

Die Rechte und Verbindlichkeiten aus dem Vergleich gehen auch auf die Universal- und Singular-Nachfolger der Partieen über[42].

4) In dem Vergleich, wenn sein Gegenstand eine Obligation ist, liegt an sich nicht eine novatio derselben. Denn wenn eine Partie im Vergleich auf ihre Ansprüche gegen eine Gegenleistung verzichtet, so enthält der Vergleich eben einen Nachlaßvertrag (pactum de non petendo); es bestehen also an sich diese Ansprüche noch fort und sind bloß anfechtbar, d. h. an sich kann der alte Anspruch noch eingeklagt werden; geschieht es aber, so kann ihn der Beklagte mit der exceptio transactionis zurückweisen[43]. Natürlich aber kann eine novatio[44] mit dem Vergleich verbunden, d. h. verabredet werden, daß der alte Anspruch ganz vernichtet sein und der Inhalt des Vergleichs an seine Stelle treten soll, und dann kann jener Anspruch an sich ipso iure nicht mehr geltend gemacht werden und auch correi werden dann durch den Vergleich befreit[45]. Bei den Römern mußte dies durch Stipulation vermittelt werden[46]. Bei uns aber genügt es, wenn die Partieen in einem pactum diesen Willen bestimmt aussprechen[47].

5) Eine besondere Beschränkung gilt bei einem Vergleich über vermachte Alimente[48].

D. Res iudicata[49]. Es ist falsch, wenn Viele das rechtskräftige Urtheil unter den Aufhebungsgründen einer Obligation anführen. Wenn nämlich in einem Proceß über eine Forderung der Verletzte rechtskräftig freigesprochen wird: so ist dies nicht Aufhebung einer bestandenen Forderung, sondern bloß die gerichtliche Feststellung, daß die Forderung gar nicht zu Recht bestanden habe[50].

E. Eintritt einer auflösenden Bedingung oder eines dies[51].

---

[42] Windscheid Pand. § 413 letzter Abs. Note 17.
[43] Arndts § 269 Note 1. [44] S. oben § 191 Nr. II.
[45] Cod. h. t. 2, 4 cst. 15. Vgl. oben § 177 Nr. III 9.
[46] Arndts § 269 Anm. 5 und unten Beil. in Nr. I.
[47] Vgl. unten die Beil. in Nr. II 1 und oben § 191 Nr. II.
[48] Da man auf solche Alimente, um nur gleich eine größere Summe zu bekommen, gegen eine solche Aversalsumme leichtsinnig verzichten und dadurch sich für die Zukunft der Unterhaltungsmittel berauben könnte, so gilt ein solcher Vertrag nur, wenn er vom kompetenten Richter des Berechtigten nach vorangegangener genauer causae cognitio genehmigt worden ist. D. de transact. 2, 15 l. 8 pr. § 1—25. S. im Übrigen über den Vergleich: Arndts § 269.
[49] Arndts § 271.
[50] Näheres hierüber und über Arndts § 271 Anm. 1 u. 3 f. oben § 111 Beil. I Nr. III B (Th. I S. 569) und § 180 Nr. III 3.
[51] Arndts § 272. Darüber s. oben § 78. 79. (Th. I S. 386 ff.).

F. Tod eines Betheiligten und confusio[52].

G. Der Zufall[53]. Wenn durch einen Zufall[54], welcher nach Begründung einer Obligation eintritt, dem Schuldner seine schuldige Leistung unmöglich gemacht wird, so entsteht die Frage, welche Partie diesen Zufall, die Gefahr (das periculum) zu tragen habe, der Schuldner[55] oder der Gläubiger[56]? Früher beantwortete man die Frage fast allgemein dahin: es entscheide der Grundsatz: casum sentit dominus. Allein dieser Grundsatz[57] ist für das Tragen der Gefahr bei Obligationen gar nicht maßgebend und würde hier zu ganz falschen Anwendungen führen, z. B. wenn ich mein Pferd aus einer Schenkung oder einem Verkauf Jemandem zu leisten habe, so bin ich, so lange ich es ihm nicht tradirt habe, Eigenthümer des Thiers. Wenn nun bei mir dasselbe casu zu Grunde geht, so verliere ich allerdings dadurch mein Eigenthum[58]. Allein in diesem Falle trage nicht ich die Gefahr der Obligation, sondern es trägt sie der Beschenkte und der Käufer, d. h. ich habe ihnen nun Nichts zu leisten und sie verlieren daher ihre Forderung gegen mich ohne Ersatz und der Käufer muß doch den ganzen Kaufpreis bezahlen[59]. Nur zufällig kann es sich treffen, daß, Wer das periculum obligationis bei einer (zu leistenden) Sache zu tragen hat, gerade auch ihr Eigenthümer ist; allein dann trägt er den Zufall, nicht weil er Eigenthümer der Sache ist, sondern aus den anderen nachher anzuführenden Gründen[60].

Das Tragen der Gefahr bei Obligationen bestimmt sich nämlich nach folgenden natürlichen Grundsätzen.

Wenn und so weit eine schuldige Leistung durch Zufall unmöglich wurde[61]:

---

[52] Arndts § 273. Darüber s. oben § 90 (Th. I S. 470) und § 96 Lit. A (Th. I S. 488).

[53] Arndts § 274. 275. — Vgl. Meine Abhandlung im Arch. für civil. Praxis Bd. XV S. 87 f., 188 ff. und die bei Arndts § 274 Anm. 1 Angeführten.

[54] Vgl. oben § 88 (Th. I S. 459).

[55] D. h. muß er Ersatz geben oder verliert er das Recht auf die Gegenleistung?

[56] D. h. kann er nun Nichts fordern? und bei zweiseitigen Verträgen: muß er seine Gegenleistung dennoch geben?

[57] Vgl. oben § 88 und § 91 (Th I S. 459. 472).

[58] S. oben § 91 Nr. 1 (Th. I S. 472).

[59] S. unten Lit. A. B.

[60] Meine angeführte Abhandlung S. 117 f., welcher in dieser Hinsicht beinahe alle Späteren beitraten.

[61] Nach kontrahirter Obligation.

A. kann der Schuldner *sie* nicht mehr schuldig sein, wird also liberirt, weil *impossibilium* nulla est obligatio. Aber

B. er hat auch nicht für die unmöglich gewordene Leistung dem Gläubiger Ersatz zu geben, weil *casus a nemine praestantur*[62].

Doch ist die Anwendung dieser beiden maßgebenden Grundsätze für verschiedene Klassen möglicher Fälle noch näher zu bestimmen und dabei wohl zu beachten, daß von ihnen nur die Rede sein kann, wenn durch den Zufall wirklich eine *objektive* Unmöglichkeit der Leistung eingetreten ist. Es ist daher noch zu bemerken:

I. Ist die Schuld eine *generische*[63], d. h. werden Sachen geschuldet, die bloß nach Quantität und Qualität oder bloß nach Gattungsmerkmalen bestimmt sind, z. B. eine Summe Geldes, 100 Ctr. Hafer, irgend ein gesundes halbjähriges Kalb, so trägt stets der *Schuldner* die Gefahr. Denn hier leidet der Grundsatz unter A. deßhalb keine Anwendung, weil, wenn auch *die* Sachen, mit denen der Schuldner seine Schuld zahlen will, durch Zufall vernichtet werden oder ihm abhanden kommen, dadurch seine Leistung keineswegs objektiv *unmöglich* geworden ist, da er gar nicht die konkreten Stücke oder Sachen schuldig war, mit denen er zu zahlen beabsichtigte, sondern *beliebige* Sachen einer gewissen Qualität. Solche Sachen aber lassen sich überall aufbringen[64]. Eben deßhalb muß auch beim *Kauf*, wenn ein *genus* verkauft wurde (z. B. 100 Ctr. Kafee) der Verkäufer bis zur Ausscheidung der Gefahr tragen. Eine Ausnahme macht nur der Fall, wenn die Gläubiger in mora accipiendi war, als der Zufall sich ereignete[65].

II. Wenn dagegen die geschuldeten Sachen *individuell* oder konkret bestimmt sind, also nur sie und keine beliebigen anderen geschuldet werden, so trägt der *Gläubiger* die Gefahr, außer der Schuldner wäre zur Zeit des Eintritts des Zufalls in mora solvendi gewesen[66]. Wenn nämlich die geschuldeten konkreten Sachen durch Zufall untergehen oder abhanden kommen, so ist dem Schuldner die

---

[62] *Meine* angeführte *Abhandlung* S. 115 f. und oben § 91 Nr. 2 (Th. I S. 472).

[63] S. oben § 62 (Th. I S. 285).

[64] Wenn auch die zur Zahlung bestimmten Stücke untergegangen sind. Seine Leistung ist also immer noch möglich. *Genus non perit.* *Arndts* § 278 Note e und Anm. 1. *Meine* angeführte *Abhandlung* S. 130 f.

[65] S. oben § 192 Lit. B. [66] Vgl. oben § 192 Lit. B.

Erfüllung objektiv unmöglich geworden, da er bloß diese konkreten Dinge schuldig war, und diese zu leisten eine Unmöglichkeit ist, sobald sie nicht mehr existiren. Er ist daher von seiner Schuld liberirt (Lit. A.). Er hat auch dem Gläubiger keinen Ersatz zu geben, wenn er den casus beweisen kann (weil derselbe keine Ersatzpflicht begründet, Lit. B.). War der Gegenstand durch Zufall verschlechtert, so hat nun eben der Schuldner die verschlechterte Sache zu leisten und ist nicht verbunden, Ersatz für die Verschlechterung zu geben. In solchen Fällen trägt der creditor das periculum interitus et deteriorationis[67]. Dies gilt namentlich:

1) bei unentgeltlichen Obligationen. Wer z. B. eine hinterlegte oder eine geliehene Sache zurückzugeben, oder eine geschenkte oder (von seinem Erblasser) vermachte species zu leisten hat, leistet, wenn die Sache durch Zufall untergeht, gar Nichts; wenn sie verschlechtert wird, eben die verschlechterte Sache und der Gläubiger kann keinen Ersatz verlangen[68].

2) Das Gleiche gilt aber auch bei Obligationen aus einem entgeltlichen Veräußerungsgeschäft, sobald der zu leistende Gegenstand konkret bestimmt war. Es trägt hier die Partie, welche den Gegenstand bekommen soll, also der Acceptant, die Gefahr. Wenn nämlich der Veräußerungsvertrag perfekt ist, d. h. hier unbedingt abgeschlossen (oder die Bedingung eingetreten) und die zu leistenden Sachen konkret bestimmt sind[69], und nun später (nach perfektem Vertrag) sie durch Zufall zu Grunde gehen oder abhanden kommen, oder verschlechtert werden, so hat der Schuldner Nichts, resp. bloß die verschlechterten Sachen zu leisten, der Acceptant aber muß doch seine volle Gegenleistung erfüllen, weil ihm der Zufall seine Leistung nicht unmöglich machte. Deßhalb trägt beim Kauf der Käufer nicht erst von da an, wo ihm die Sache übergeben worden ist, sondern schon vom Augenblicke an, wo der Verkauf auf die angegebene Weise (über eine species) geschlossen wurde, die Gefahr der gekauften konkreten Sachen. In den Quellen ist dies vom Kaufe klar gesagt[70]. Über die Erklärung des Satzes aber sind die Ansichten sehr verschieden. Manche glauben, daß die Quellen sich widersprechen, weil sie bei der Miethe Anderes

---

[67] Arndts § 274 Anm. 1. [68] Arndts § 274 Note d.
[69] Vgl. Arndts § 301 Note a—e und Anm. 2. 3; § 302 Nr. 2.
[70] Arndts § 302 Nr. 2.

bestimmen. Allein dies erklärt sich daraus, daß der Miethvertrag kein Veräußerungsvertrag ist (s. Nr. III). Andere wollen in jener Bestimmung einen Widerspruch mit der Natur entgeltlicher Verträge finden. Allein dies ist eine ganz willkürliche Annahme; denn es widerstreitet keineswegs der Natur eines entgeltlichen Vertrags, daß bloß eine der Partieen nach geschlossenem Vertrag durch ein späteres Ereignis von ihrer Verbindlichkeit befreit wird (z. B. der Kauf bleibt Kauf, wenn auch dem Käufer der Preis nachgelassen wird). Vielmehr folgt jene Entscheidung ganz konsequent aus den (unter A. und B. angeführten) allgemeinen Principien[71]. Sie gilt aber nicht bloß beim Kauf, sondern bei allen onerosen Veräußerungsverträgen[72]. Nur muß der zu leistende Gegenstand konkret bestimmt sein. Soll er daher erst aus mehreren Sachen ausgewählt oder noch zugemessen oder probirt werden, so trägt der Promittent die Gefahr, bis die Auswahl ꝛc. geschehen ist, falls nicht der Acceptant im Verzug ist, z. B. zum verabredeten Zumessen sich nicht eingefunden hat[73]. Dafür aber, daß bei Veräußerungsverträgen der Acceptant die Gefahr trägt, kann er auch das commodum rei ansprechen, d. h. alle Accessionen, die nach perfektem Vertrag zu der zu leistenden Sache hinzukommen oder was sonst einem Eigenthümer der Sache zugefallen wäre[74].

III. Wenn dagegen ein entgeltlicher Vertrag auf Gebrauchsverstattung oder auf ein Thun im engern Sinne[75] ge-

---

[71] Der Verkäufer nämlich wird durch den Verkauf verpflichtet, nicht weiter über die Sache zu disponiren, darf also nicht durch eine anderweite Dispositon sich gegen spätere Zufälle sichern; deßhalb ist es gerecht, an der juristischen Konsequenz festzuhalten, und diese geht dahin: wenn nach Abschluß des Vertrags ein Zufall den Verkäufer die Leistung der species unmöglich macht, so wird er (nach Lit. A u. B) von der Verbindlichkeit frei und hat auch keinen Ersatz zu geben. Dem Käufer aber machte der Zufall die Erfüllung nicht unmöglich und deßhalb muß er den Kaufpreis ungemindert zahlen. So entscheiden auch durchaus die gemeinrechtlichen Quellen beim Kauf. D. de rescind. vend. 18, 5 l. 5 § 3; I. de emt. 3, 23 § 3.

[72] Arndts § 275 Anm. 1. Meine angeführte Abhandlung S. 188 ff.

[73] D. de C. E. 18, 1 l. 35 § 5—7; de periculo et comm. 18, 6 l. 5 pr. Arndts § 302 Note l und Anm. 3. — Auch ist, wenn der Vertrag bedingt geschlossen wurde, das oben § 78 Beil. II letzter Absatz (Th. I S. 392) Gesagte zu beachten, d. h. der Acceptant trägt hier nur das periculum deteriorationis, nicht das periculum interitus. Geht nämlich eine Sache vor Eintritt der Bedingung durch Zufall zu Grunde, so fällt der Vertrag zusammen, weil zur Zeit des Eintritts der Bedingung der Vertrag keinen Gegenstand mehr hat. Wird sie aber durch den Zufall bloß verschlechtert, so ist dies, wenn die Bedingung eintritt, Schaden des Acceptanten; er muß seine Gegenleistung ungemindert zahlen.

[74] Arndts § 302 Note c. d; § 253 Anm. 1. 2. D. de A. E. V. 19, 1 l. 13 § 10 u. 11. Vgl. oben § 78 Beil. IV a. E. (Th. I S. 397).

[75] Vgl oben § 167.

ſchloſſen iſt, ſo müſſen andere Grundſätze gelten, weil nach der Natur dieſer Verträge die Partie, die den Gebrauch verſtatten oder das Thun leiſten ſoll, zur Vorleiſtung verbunden iſt und die andere Partie bloß ſo weit ihre Gegenleiſtung zu geben hat, als ihr wirklich geleiſtet worden iſt[76]. Hieraus folgt:

1) wenn dem zur Vorleiſtung Verpflichteten ſeine Leiſtung durch einen Zufall unmöglich wird, der in ſeiner Perſon oder in der zum Gebrauch zu gebenden Sache eintritt: ſo kann er die Gegenleiſtung nicht verlangen und muß das etwa Pränumerirte zurückerſtatten. Es kann daher der Vermiether, wenn die Sache durch Zufall untergeht oder durch Andere occupirt wird, für die Folgezeit kein Miethgeld verlangen.

2) Wenn dagegen Derjenige, dem der Gebrauch zu verſtatten iſt oder die Dienſte zu leiſten ſind, durch einen Zufall, der in ſeinen Verhältniſſen ſich ereignet, verhindert wird, den Gebrauch zu machen oder die Dienſte anzunehmen, z. B. wenn ich mir eine Wohnung auf 2 Jahre gemiethet habe, aber ſchon im erſten Monat von hier wegziehen muß, oder einen Kutſcher auf ein halbes Jahr miethe, aber ihn bald darauf nicht mehr brauchen kann, weil ich keine Pferde mehr halte, ſo muß ich doch meine Gegenleiſtung geben, außer der Gegner würde ſeine Sache, beziehungsweiſe ſeine Dienſte für denſelben Preis und auf dieſelbe Zeit bei einem Andern eben ſo gut anbringen können[77].

H. Erlöſchung einer Forderung durch concursus duarum causarum lucrativarum. Dieſe leiten die römiſchen Juriſten aus der Natur der Sache ab. Wer nämlich eine Sache hat, hat damit auch ihren Werth; wer aber den Werth einer Sache bekommt, hat damit noch nicht die Sache ſelbſt. Dies wendet das römiſche Recht auf causae lucrativae[78] in folgender Weiſe an:

Wenn Jemand ex lucrativa causa eine Forderung auf Leiſtung einer konkreten Sache hat oder erwirbt, er bekommt aber die Sache ſelbſt aus einem andern lukrativen Titel, ſei es von demſelben Schuldner oder einem Dritten (z. B. durch Vermächtnis), ſo kann er aus der erſtern causa nun nicht auch noch den Werth der Sache fordern;

---

[76] Vgl. oben § 189.

[77] Arndts § 275 Note b. c. Meine angeführte Abhandlung S. 203 f. Bangerow Band. III § 591 Nr. VI.

[78] S. oben § 68 Nr. I (Th. I S. 311).

vielmehr erlischt nun seine Forderung[79]. Anders ist es dagegen, wenn man zuerst den Werth einer Sache ex lucrativa causa erhielt; denn dann kann man, wenn man ex alia lucrativa causa einen Anspruch auf die Sache selbst hat, ihn immer noch geltend machen[80].

I. Verwirkung und Verjährung einer Forderung[81].

Beilage.

Bei den liberatorischen Verträgen muß man

I. Nach römischem Recht folgende Fälle unterscheiden:

1) Die acceptilatio. Es war dies ein zwischen Gläubiger und Schuldner in Stipulationsform abgeschlossener Vertrag, in welchem der Gläubiger den Betrag der Schuld für empfangen erklärte, also in dieser Form sie tilgte, I. 3, 29 quib. mod. toll. § 1. Auf diese Weise konnte aber bloß eine durch Stipulation begründete Obligation aufgehoben werden. Wenn daher der Gläubiger eine auf andere Weise entstandene Schuld durch acceptilatio tilgen wollte: so mußte er vorher seine Forderung durch eine mit dem Schuldner eingegangene Novation in eine Stipulationsforderung verwandeln. I. l. c. und Arndts § 267 Anm. 1, d, namentlich auch über die »Aquiliana« stipulatio. — Durch eine acceptilatio erlosch die Schuld ipso iure so, als ob sie durch Zahlung getilgt worden wäre, woraus folgte, daß eine Acceptilation weder bedingt noch betagt geschehen konnte und daß durch eine gültige Acceptilation die Schuld mit allen ihren Anhängen und für alle Interessenten an der Obligation, also auch für correi, aufgehoben wurde; I. l. c. § 1, 2. D. 46, 4 d. acceptil. l. 5 l. 13 § 12 l. 16; 45, 2 de duob. reis l. 2; 34, 3 de liberat. l. 3 § 3.

2) Das pactum de non petendo, sog. pactum »remissorium«, Nachlaßvertrag, d. h. wenn der Gläubiger durch ein bloßes pactum die Schuld nachläßt. Ein pactum hatte nicht die civilistische Wirkung der stipulatio; wenn daher der Gläubiger dem Schuldner zusagte, er wolle ihm hiermit die Schuld nachlassen, sie nicht mehr von ihm fordern (non petere) oder selbst erklärte, es solle so gut sein, als ob die Schuld bezahlt wäre, und der Schuldner es acceptirte: so wurde doch die Schuld durch ein solches pactum nicht aufgehoben, sondern bloß für den Paciscenten anfechtbar, d. h. der Schuldner kann den Anspruch des Gläubigers mit einer peremtorischen Einrede (exceptio pacti) aufheben, und die gleiche Einrede hat natürlich auch der Erbe des Schuldners und sein Bürge (nicht aber ein nicht-accessorischer correus), vorausgesetzt, daß der Nachlaßvertrag »in rem« geschlossen wurde, d. h. absolut, ohne Beschränkung auf gewisse Personen; denn war er bloß »in personam« geschlossen: so konnte nur die Person, auf welche er beschränkt war, sich auf ihn berufen, z. B. erklärte der Gläubiger, er wolle bloß dem Hauptschuldner für seine Person die Schuld nachlassen: so konnte weder sein Erbe noch der Bürge sich der exceptio pacti bedienen D. 2, 14 de pact. l. 7 § 8 l. 21 § 5 l. 22, 23 l. 27 pr. l. 15 § 1. Arndts § 267 Anm. 1 Lit. l.

3) Durch einen bloßen formlosen Vertrag wurde eine Obligation dann ipso iure aufgehoben, wenn die Partieen mit einander in einer vertragsmäßigen Obligation auf Leistung und Gegenleistung, welche noch von keiner Seite erfüllt war, standen, und sie durch Vertrag (durch »contrarius consensus« oder

---

[79] S. die Stellen bei Arndts l. c. Note b und Anm. 1. Denn wer die Sache hat, hat auch ihren Werth.

[80] I. de legatis 2, 20 § 6.

[81] S. Arndts § 277. Über die Wirkungen der erlöschenden Verjährung einer Forderung s. oben § 108 (Th. I S. 551 f.).

sog. »mutuus dissensus«) das Verhältnis aufhoben. I. 3, 29 quib. mod. obl. § 4; D. d. pact. l. 58; 46, 3 d. solut. l. 95 § 12 l. 80; de Reg. Iur. l. 35.

II. Heutiges Recht. Die Acceptilationen fallen bei uns weg, da wir keine Stipulationen mehr haben. Hier ist nun sehr bestritten, ob wir nicht ein Surrogat für sie haben und was überhaupt bei uns ein Erlaßvertrag wirke. Viele sagen, bei uns müsse jeder Erlaßvertrag, wenn er nur nicht ein pactum »in personam« sei, gerade dieselbe Wirkung haben, wie eine römische acceptilatio. Allein dies ist zu weit gegangen; von der anderen Seite gehen aber Andere viel zu weit, wenn sie behaupten, daß bei uns gar kein Erlaßvertrag die Wirkung haben könne, die eine römische acceptilatio hatte. Die Meisten beachten nämlich bei dieser Frage nicht gehörig, daß die acceptilatio ihre durchgreifende Wirkung im römischen Recht nicht bloß deßhalb hatte, weil sie eine Stipulation war, sondern weil bei ihr zwei Dinge zusammenkamen, nämlich: a. ein formelles Erfordernis (daß sie in der Form einer Stipulation geschlossen wurde und die Schuld eine Stipulationsschuld war), und dann b. ein materielles Erfordernis, der besondere Inhalt des Geschäftes, d. h. daß durch den Vertrag ausgesprochen wurde, die Schuld solle als bezahlt gelten. — Unrichtig und irreführend ist es, wenn v. Vangerow Pandekten III S. 107 f. 396, 397 behauptet, die Acceptilation sei „gar kein wahrer Vertrag", und ebenso von dem Falle unter Nr. I, 3 sagt, er „enthalte gar keinen wahren Vertrag", und daraus die Wirkung, daß in solchen Fällen die Obligation ipso iure als aufgehoben und getilgt gegolten habe, erklären will; giebt doch Vangerow selbst zu, daß in diesen Fällen eine „Willenseinigung" der Partieen zur Aufhebung der Obligation erforderlich ist; eine solche „Willenseinigung" aber ist eben nichts Anderes, als ein — Vertrag! Vgl. auch D. de acceptil. l. 19 pr. und Nr. III. Man muß daher bei uns von folgenden Grundsätzen ausgehen: Was im römischen Recht bloß auf die Stipulationsform sich bezog, ist bei uns in so fern unpraktisch, als diese Form bei uns durch ein bloßes pactum ersetzt werden kann; es fällt daher bei uns das Requisit unter a. weg, d. h. dieses wird bei uns zu der vollständigen Tilgung einer Forderung durch Erlaß nicht erfordert. Was aber das römische Recht in Beziehung auf den Inhalt des Vertrags zum Eintritt jener Wirkung erfordert, gilt auch bei uns noch. Hieraus ergiebt sich Folgendes:

1) Bei uns muß ein Vertrag dann so wirken, wie eine römische acceptilatio, wenn er denselben Inhalt hat, wenn also der Gläubiger in einem Vertrage dem Schuldner erklärt, die Schuld solle für bezahlt gelten, er nehme sie für empfangen an u. dergl., oder wenn er dies faktisch erklärt, z. B. ihm eine Quittung ausstellt, oder ihm den durchstrichenen oder zerrissenen Schuldschein zurückgiebt; man kann einen solchen Vertrag durch Schuldtilgungsvertrag bezeichnen, im Gegensatze zum bloßen Nachlaßvertrag Nr. 2. In einem solchen Falle müssen bei uns ganz die unter Nr. I, 1 angeführten Wirkungen eintreten; die Schuld gilt sofort als getilgt und vernichtet und zwar für alle Theilnehmer an der obligatio, also auch für correi debendi, Bürgen ꝛc. Vgl. auch Arndts § 267 Anm. 1 Lit. d.

2) Wenn durch den Vertrag nicht schlechthin die Obligation aufgehoben werden soll, also nicht auf die angegebene Weise das Getilgtseinsollen der Schuld ausgesprochen ist, sondern bloß, daß man die Schuld „nicht weiter fordern", daß man sie „nachlassen" wolle u. dergl.: so muß auch bei uns noch das unter Nr. I, 2 Ausgeführte gelten; einen solchen Vertrag nennt man am Angemessensten bloßen „Nachlaßvertrag" oder „Erlaßvertrag im engeren" und „eigentlichen Sinn". Die Schuld wird also in diesen Fällen nicht vernichtet, sondern bloß anfechtbar; der Schuldner kann sich gegen die vertragswidrige Anforderung des Gläubigers durch eine exceptio pacti schützen, und ebenso, wenn das pactum nicht bloß auf die Person des Schuldners beschränkt (»in personam« geschlossen) wurde, auch seine Erben. Das aber, was oben (Nr. I, 2) bei einem pactum »in personam« vom Bürgen gesagt wurde, gilt nicht mehr bei uns und galt schon nach dem justinianischen Recht nicht mehr (was freilich sehr Viele über-

sehen: und zwar in Folge der Bestimmungen der Nov. IV cap. 1. Diese giebt nämlich dem Bürgen das beneficium excussionis (Arndts § 355); natürlich darf dieses der Gläubiger ihm nicht willkürlich entziehen, und wenn daher der Gläubiger durch ein pactum »in personam« mit dem Hauptschuldner, also durch seine eigene Handlung sich das Ausklagen des Letzteren unmöglich macht: so muß er selbst die Folgen hiervon tragen. Belangt er den Bürgen und replicirt er auf die vorgeschützte exceptio excussionis, daß er ja den Hauptschuldner nicht ausklagen könne, weil er demselben für seine Person die Schuld nachgelassen habe: so kann der Bürge sich darauf berufen, daß er durch einen solchen Nachlaß nicht um das beneficium excussionis gebracht werden dürfe, und damit die Klage des Gläubigers abweisen.

III. Zum Schuldtilgungsvertrag (Nr. II, 1) und zum bloßen Nachlaßvertrag (Nr. II, 2) wird, wie zu jedem Vertrag, erfordert, daß der Schuldner das Erbieten des Gläubigers, die Schuld zu tilgen oder nachzulassen, angenommen hat. So lange Dieses nicht der Fall ist, hat die Handlung des Gläubigers keine Bedeutung und kann er das Anerbieten zurücknehmen; s. auch oben § 69 Beil. III (Th. I S. 336) Nr. I. Willigt also der Schuldner nicht ein: so kann er auf diese Weise nicht von der Schuld befreit werden. Will der Gläubiger den Schuldner doch, also wider dessen Willen, befreien: so kann er es nur dadurch bewirken, daß er mit einem Dritten eine Expromission über die Schuld schließt. D. 46, 3 d. solut l. 91; 46, 2 d. novat. l. 8 § 5 a. E. verb. »liberat autem« ꝛc.

IV. Schließt der Gläubiger mit dem Schuldner einen Erlaßvertrag, ohne sich eine Gegenleistung dafür auszubedingen oder sonst für die Schuld befriedigt zu sein: so ist der Vertrag ein Schenkungsvertrag und unterliegt daher den Erfordernissen der Schenkungen. Savigny Syst. IV § 158.

Zweiter Abſchnitt.

Die einzelnen Obligationen.

Erſtes Kapitel. Obligationen aus Verträgen und vertragsähnlichen Verhältniſſen.

A. Unentgeltliche (lukrative) oder einſeitige* Verträge.

Schenkung.

§ 196.

(Arndts § 279.)

Schenkung, donatio. Über die Litteratur vgl. Arndts § 80 Anm. 1. Beſonders zu beachten iſt: Meyerfeld Die Lehre von den Schenkungen nach römiſchem Recht, 2 Bände 1835, 1837, wegen ſeines reichen (aber nicht gut geordneten) Materials, ferner v. Savigny Syſt. IV S. 1—297 und F. A. Schilling Inſtitut. III S. 741—977. Nur wird von Savigny, und ähnlich auch von Anderen, der Begriff der eigentlichen Schenkung zu ſehr ausgedehnt, indem er ihn beſonders aus Dem, was von lukrativen Geſchäften zwiſchen Ehegatten gilt, konſtruirt und dadurch auf einen Begriff von Schenkung (auf den er alle Beſonderheiten der eigentlichen Schenkung anwenden will) kommt, welcher weit über die Grenzen der eigentlichen Schenkung hinausgeht. S. dagegen namentlich Schilling a. a. O., auch Arndts § 80 Anm. 3, Boeding Pandekten I § 106 Note 12.

Im weiteren Sinne bezeichnet donatio jede Handlung, vermöge deren man Jemandem, ohne dazu verbunden zu ſein, alſo aus freier Gunſt und ohne eine wahre Gegenleiſtung dafür zu bekommen, irgend einen Vermögensvortheil zuwendet. In dieſem Sinne bezeichnet der Ausdruck nicht ein beſonderes Rechtsgeſchäft, ſondern nur den allgemeinen Charakter der Liberalität, der den verſchiedenartigſten Handlungen und Rechtsgeſchäften zu Grunde liegen kann; ſo iſt z. B. in dieſem Sinne das commodatum eine donatio, weil man dadurch den Gebrauch ſeiner Sache dem Anderen unentgeltlich überläßt, ferner die wiſſentliche Zahlung einer Nichtſchuld, ferner wenn man abſichtlich von einer peremtoriſchen Einrede, mit der man ſich decken könnte, keinen Gebrauch macht, oder man aus Liberalität gegen den Schuldner dem Gläubiger desſelben die Schuld bezahlt, ferner wenn man Aufwand auf fremde Sachen animo donandi (d. h. in der Abſicht, keinen Regreß zu nehmen) macht, überhaupt jede

---

* Vgl. oben § 73 (Th. I S. 360 f.).

Vergünstigung, die man Anderen durch Liberalität zukommen läßt. Schilling a. a. O. 742, 756.

Im eigentlichen Sinne aber ist donatio, Schenkung, ein Vertrag (ausnahmsweise auch eine bloße Pollicitation, s. oben § 185 Nr. III 8), vermöge dessen man aus freier Gunst und ohne eine eigentliche Gegenleistung zu empfangen einen Vermögensgegenstand an einen Anderen veräußert, dadurch das eigene Vermögen verringert und den Empfänger unmittelbar bereichert, und dieser das Gegebene oder Zugesagte als eine solche freie Gabe annimmt. Bloß diese wahre Schenkung bildet ein besonderes Rechtsinstitut, bei dem die besonderen, hier auszuführenden Grundsätze gelten; nur muß man von ihr noch ausscheiden die »mortis causa donatio«, ein Schenkungsvertrag, dessen Gültigkeit wesentlich davon abhängt, daß der Beschenkte nicht vor dem Schenker stirbt (s. darüber Arndts § 589). Jede andere Schenkung, die von diesem Umstande nicht abhängig gemacht wird, ist eine »inter vivos donatio« (Schenkung unter Lebenden). Über diese gelten folgende Grundsätze:

A. Allgemeine Erfordernisse der eigentlichen Schenkung.

I. Der Zweck des Rechtsgeschäfts muß sein eine Veräußerung eines Vermögensgegenstandes an den Empfänger (s. oben § 69 Beil. II Th. I S. 332), so daß dadurch das Vermögen des Schenkenden verringert wird. Was also Gegenstand der Veräußerung überhaupt ist, ist auch möglicher Gegenstand einer Schenkung, z. B. Übertragung des Eigenthums, Einräumung einer Servitut, Cession einer Forderung, Nachlaß einer Forderung. D. 39, 5 de donat. l. 9 pr. § 1, l. 17; 43, 26 de prec. l. 1 § 2. Deßhalb ist es z. B. keine Schenkung, wenn wir für Jemanden ein Geschäft, eine Arbeit unentgeltlich besorgen, ihm unsere Sache unentgeltlich zum Gebrauch leihen, ferner den Erwerb eines Rechts unterlassen, z. B. eine Erbschaft ausschlagen, weil man in solchen Fällen Nichts vom Vermögen veräußert und es nicht verringert.

II. Die Veräußerung muß geschehen (abgesehen von den Fällen einer gültigen Pollicitation, s. oben § 185 Nr. III 8) durch Vertrag, also der Beschenkte einwilligen und zwar mit dem Bewußtsein und Willen ein Geschenk zu empfangen, Arndts § 80 Anm. 3, Schilling S. 770, 839 f. Dieser Vertrag kann natürlich auch durch konkludente Handlungen geschlossen werden, z. B. wenn ich Jemandem, ohne irgend Etwas zu sagen, Geld in die Hand drücke, um so das Eigenthum schenkweise auf ihn zu übertragen und dieser es annimmt. Eine besondere Form wird zum Schenkungsvertrag nicht erfordert; nur große Schenkungen (unten Lit. C.) machen eine Ausnahme, I. 2, 7 d. donat. § 2.

III. Die Veräußerung muß geschehen aus freier Gunst und ohne eine Gegenleistung dafür zu erhalten, »animo donandi«, Arndts § 80 Note c. d. Es ist z. B. keine Schenkung, wenn der Vater in Folge seiner gesetzlichen Verpflichtung die Tochter ausstattet, wenn der Erbe ein Legat auszahlt. D. 39, 5 h. t. l. 29 pr. l. 1. Deßhalb wird auch der Begriff der Schenkung ausgeschlossen durch jede bedungene Gegenleistung, welche ein Äquivalent für das Veräußerte bilden soll (es ist dann der Vertrag ein entgeltliches Geschäft, Kauf, Tausch ꝛc.), nicht aber durch Nebenauflagen, die man dem Beschenkten macht, wenn sie nicht ein eigentliches Äquivalent für das Geleistete bilden; die donatio »sub modo« ist daher eine wahre Schenkung. Ferner wird der Begriff der Schenkung ausgeschlossen, wenn in der Absicht veräußert wird, daß das Gegebene zurückerstattet werde; deßhalb ist das Darlehn, auch das unverzinsliche, keine Schenkung. D. l. c. l. 19 § 5, 6.

IV. Der Empfänger muß bereichert, d. h. sein Vermögen vermehrt werden. Arndts § 80 Note f. Aus diesem Grunde kann es unentgeltliche Veräußerungen geben, die doch keine Schenkung sind, sobald dadurch das Vermögen des Empfängers nicht bereichert wird, z. B. wenn dem Gläubiger ein Pfandrecht bestellt wird; denn dadurch bekommt er nur größere Sicherheit für seine Forderung, sein Vermögen aber wird nicht vermehrt; eben deßhalb verringert auch ein Pfandgläubiger nicht sein Vermögen, wenn er auf ein Pfandrecht unentgeltlich verzichtet, und ist daher — s. Nr. I — ein solcher Verzicht keine Schenkung,

Zweiter Abſchnitt.

Die einzelnen Obligationen.

Erſtes Kapitel. Obligationen aus Verträgen und vertragsähnlichen Verhältniſſen.

A. Unentgeltliche (lukrative) oder einſeitige* Verträge.

Schenkung.

§ 196.

(Arndts § 279.)

Schenkung, donatio. Über die Litteratur vgl. Arndts § 80 Anm. 1. Beſonders zu beachten iſt: Meyerfeld Die Lehre von den Schenkungen nach römiſchem Recht, 2 Bände 1835, 1837, wegen ſeines reichen (aber nicht gut geordneten) Materials, ferner v. Savigny Syſt. IV S. 1—297 und F. A. Schilling Inſtitut. III S. 741—977. Nur wird von Savigny, und ähnlich auch von Anderen, der Begriff der eigentlichen Schenkung zu ſehr ausgedehnt, indem er ihn beſonders aus Dem, was von lukrativen Geſchäften zwiſchen Ehegatten gilt, konſtruirt und dadurch auf einen Begriff von Schenkung auf den er alle Beſonderheiten der eigentlichen Schenkung anwenden will) kommt, welcher weit über die Grenzen der eigentlichen Schenkung hinausgeht. S. dagegen namentlich Schilling a. a. O., auch Arndts § 80 Anm. 3, Boeding Pandekten I § 106 Note 12.

Im weiteren Sinne bezeichnet donatio jede Handlung, vermöge deren man Jemandem, ohne dazu verbunden zu ſein, alſo aus freier Gunſt und ohne eine wahre Gegenleiſtung dafür zu bekommen, irgend einen Vermögensvortheil zuwendet. In dieſem Sinne bezeichnet der Ausdruck nicht ein beſonderes Rechtsgeſchäft, ſondern nur den allgemeinen Charakter der Liberalität, der den verſchiedenartigſten Handlungen und Rechtsgeſchäften zu Grunde liegen kann; ſo iſt z. B. in dieſem Sinne das commodatum eine donatio, weil man dadurch den Gebrauch ſeiner Sache dem Anderen unentgeltlich überläßt, ferner die wiſſentliche Zahlung einer Nichtſchuld, ferner wenn man abſichtlich von einer peremtoriſchen Einrede, mit der man ſich decken könnte, keinen Gebrauch macht, oder man aus Liberalität gegen den Schuldner dem Gläubiger desſelben die Schuld bezahlt, ferner wenn man Aufwand auf fremde Sachen animo donandi (d. h. in der Abſicht, keinen Regreß zu nehmen) macht, überhaupt jede

---

* Vgl. oben § 73 (Th. I S. 360 f.).

Vergünstigung, die man Anderen durch Liberalität zukommen läßt. Schilling a. a. O. 742, 756.

Im eigentlichen Sinne aber ist donatio, Schenkung, ein Vertrag ausnahmsweise auch eine bloße Pollicitation, s. oben § 185 Nr. III 8), vermöge dessen man aus freier Gunst und ohne eine eigentliche Gegenleistung zu empfangen einen Vermögensgegenstand an einen Anderen veräußert, dadurch das eigene Vermögen verringert und den Empfänger unmittelbar bereichert, und dieser das Gegebene oder Zugesagte als eine solche freie Gabe annimmt. Bloß diese wahre Schenkung bildet ein besonderes Rechtsinstitut, bei dem die besonderen, hier auszuführenden Grundsätze gelten; nur muß man von ihr noch ausscheiden die »mortis causa donatio«, ein Schenkungsvertrag, dessen Gültigkeit wesentlich davon abhängt, daß der Beschenkte nicht vor dem Schenker stirbt s. darüber Arndts § 589). Jede andere Schenkung, die von diesem Umstande nicht abhängig gemacht wird, ist eine »inter vivos donatio« (Schenkung unter Lebenden). Über diese gelten folgende Grundsätze:

A. Allgemeine Erfordernisse der eigentlichen Schenkung.

I. Der Zweck des Rechtsgeschäfts muß sein eine Veräußerung eines Vermögensgegenstandes an den Empfänger (s. oben § 69 Beil. II Th. I S. 332), so daß dadurch das Vermögen des Schenkenden verringert wird. Was also Gegenstand der Veräußerung überhaupt ist, ist auch möglicher Gegenstand einer Schenkung, z. B. Übertragung des Eigenthums, Einräumung einer Servitut, Cession einer Forderung, Nachlaß einer Forderung. D. 39, 5 de donat. l. 9 pr. § 1, l. 17; 43, 26 de prec. l. 1 § 2. Deßhalb ist es z. B. keine Schenkung, wenn wir für Jemanden ein Geschäft, eine Arbeit unentgeltlich besorgen, ihm unsere Sache unentgeltlich zum Gebrauch leihen, ferner den Erwerb eines Rechts unterlassen, z. B. eine Erbschaft ausschlagen, weil man in solchen Fällen Nichts vom Vermögen veräußert und es nicht verringert.

II. Die Veräußerung muß geschehen (abgesehen von den Fällen einer gültigen Pollicitation, s. oben § 185 Nr. III 8) durch Vertrag, also der Beschenkte einwilligen und zwar mit dem Bewußtsein und Willen ein Geschenk zu empfangen, Arndts § 80 Anm. 3, Schilling S. 770, 839 f. Dieser Vertrag kann natürlich auch durch konkludente Handlungen geschlossen werden, z. B. wenn ich Jemandem, ohne irgend Etwas zu sagen, Geld in die Hand drücke, um so das Eigenthum schenkweise auf ihn zu übertragen und dieser es annimmt. Eine besondere Form wird zum Schenkungsvertrag nicht erfordert; nur große Schenkungen (unten Lit. C.) machen eine Ausnahme, I. 2, 7 d. donat. § 2.

III. Die Veräußerung muß geschehen aus freier Gunst und ohne eine Gegenleistung dafür zu erhalten, »animo donandi«, Arndts § 80 Note c. d. Es ist z. B. keine Schenkung, wenn der Vater in Folge seiner gesetzlichen Verpflichtung die Tochter ausstattet, wenn der Erbe ein Legat auszahlt. D. 39, 5 h. t. l. 29 pr. l. 1. Deßhalb wird auch der Begriff der Schenkung ausgeschlossen durch jede bedungene Gegenleistung, welche ein Äquivalent für das Veräußerte bilden soll (es ist dann der Vertrag ein entgeltliches Geschäft, Kauf, Tausch ꝛc.), nicht aber durch Nebenauflagen, die man dem Beschenkten macht, wenn sie nicht ein eigentliches Äquivalent für das Geleistete bilden; die donatio »sub modo« ist daher eine wahre Schenkung. Ferner wird der Begriff der Schenkung ausgeschlossen, wenn in der Absicht veräußert wird, daß das Gegebene zurückerstattet werde; deßhalb ist das Darlehn, auch das unverzinsliche, keine Schenkung. D. l. c. l. 19 § 5, 6.

IV. Der Empfänger muß bereichert, d. h. sein Vermögen vermehrt werden. Arndts § 80 Note f. Aus diesem Grunde kann es unentgeltliche Veräußerungen geben, die doch keine Schenkung sind, sobald dadurch das Vermögen des Empfängers nicht bereichert wird, z. B. wenn dem Gläubiger ein Pfandrecht bestellt wird; denn dadurch bekommt er nur größere Sicherheit für seine Forderung, sein Vermögen aber wird nicht vermehrt; eben deßhalb verringert auch ein Pfandgläubiger nicht sein Vermögen, wenn er auf ein Pfandrecht unentgeltlich verzichtet, und ist daher — s. Nr. I — ein solcher Verzicht keine Schenkung,

daher auch unter Ehegatten zulässig C. 4, 29 ad SC. Vellei. cst. 11; D. 42, 8 quae in fraud. l. 18, Schilling l. c. S. 797).

V. Über die schenkenden Personen gilt in der Regel kein besonderes Erfordernis; es wird eben Willens- und Veräußerungsfähigkeit beim Schenker, Willens- und Erwerbsfähigkeit beim Beschenkten erfordert. Nur sind in der Regel Schenkungen zwischen Gatten nichtig (Arndts § 414), und der Hausvater kann dem Hauskinde nicht vollkommen wirksam schenken; s. die Lehre von den Pekulien.

B. Wirkung einer gültigen Schenkung. Wird die Schenkung vollzogen: so geht dadurch das Recht, welches der Schenker auf den Beschenkten übertragen wollte, auf diesen über, falls allen sonstigen Erfordernissen eines solchen Rechtserwerbs genügt ist; z. B. durch Übergabe der geschenkten Sache geht das Eigenthum über, falls der Schenker Eigenthümer war; war er es nicht: so kann der Beschenkte nur Usukapionsbesitz erwerben (er besitzt dann die Sache titulo »pro donato«); D. 41, 6 pro don. l. 1 pr. Aus einem Schenkungsvertrage (pactum donationis) hat der Beschenkte gegen den Schenker eine Klage auf Erfüllung (schon nach römischem Recht, da Justinian das bloße pactum donationis für klagbar erklärte, C. 8, 54 de donat. cst. 35 I. 2, 7 h. t. § 2). Gewöhnlich nennt man die Klage »condictio ex lege 35 C. de donat.«; richtiger aber ist es, sie Schenkungsklage (actio ex donatione) zu nennen. Der Schenker haftet bloß für dolus und culpa lata nach dem Grundsatz von § 87 Beil. I Nr. II 1 (Th. I S. 453), ist nicht für physische Mängel des Gegenstandes verantwortlich, auch in der Regel nicht für rechtliche, zahlt keine Verzugszinsen (D. h. t. l. 22) und hat gegen die Klage auf Vollziehung der Schenkung das beneficium competentiae. Arndts § 225 Anm. 3.

Eine gültige Schenkung kann aber (durch eine Klage, Einrede ꝛc.) angefochten werden:

I. Vom Schenker, wenn ihm der Beschenkte Undank beweist (nämlich durch grobe Verbalinjurien, durch Thätlichkeiten, Versetzen in Lebensgefahr, durch Zufügung eines bedeutenden Vermögensverlustes, oder durch Nichterfüllung einer Nebenauflage); C. 8, 56 de revoc. donat. cst. 10. Die Anfechtungsklage ist in diesem Falle a. eine actio »vindictam spirans«, kann daher von den Erben des Schenkers und gegen die Erben des Beschenkten nur angestellt werden, wenn der Schenker noch bei Lebzeiten des Beschenkten auf irgend eine Weise erklärte, daß er wegen Undanks die Schenkung widerrufe. C. l. c. cst. 7, 9 vgl. mit cst. 10. Savigny Syst. IV S. 237. b. Die Klage geht auf Aufhebung der Schenkung und Zurückgabe des Geleisteten; hat es jedoch der Beschentte nicht mehr: so giebt er bloß heraus, um was er noch bereichert ist oder wenigstens zur Zeit des begangenen Undanks bereichert war. Savigny l. c. Die Klage ist aber c. bloß eine persönliche gegen den Beschenkten und in dem unter a. am Ende angeführten Falle gegen dessen Erben, nicht gegen den dritten Besitzer, an den etwa die geschenkte Sache kam. C. l. c. cst. 7 (»vindicatio« heißt hier nicht „dingliche" Klage, sondern actio »vindictam spirans«); nur in einem Falle hat der Schenker eine dingliche Klage, wenn nämlich ein modus alimentorum nicht erfüllt wird. — Wenn ein kinderloser Patron seinem Freigelassenen ein Geschenk machte: so konnte er es widerrufen, wenn er nachher Kinder bekam. C. l. c. cst. 8. Dies ist aber bei uns unpraktisch, weil man eine solche Singularität auf andere Fälle nicht ausdehnen darf. Savigny l. c. S. 228 f. Daß eine gemeinrechtliche Praxis es auf andere Schenker ausdehne, wie Arndts § 82 bei Anm. 3 sagt, läßt sich nicht nachweisen, wohl aber thaten es manche Partikularrechte.

II. In manchen Fällen können dritte Personen die Schenkung anfechten, nämlich die Gläubiger Schenkungen, die der Schuldner zu ihrem Nachtheil machte (Arndts § 228), ferner die Notherben, wenn sie durch eine donatio »inofficiosa« ihres Erblassers im Pflichttheile verletzt wurden. Arndts § 597.

C. Besondere Fälle der Schenkung:

I. Große Schenkungen. Zur Gültigkeit derselben ist eine besondere Form erforderlich. Über diese gilt nach den Bestimmungen Justinians (das frühere Recht, namentlich aber die lex Cincia, gehört in die Rechtsgeschichte, vgl. auch Savigny Syst. IV S. 194—208) Folgendes:

1) Eine große Schenkung ist jede, welche den Werth von 500 »solidi« übersteigt. C. 8, 54 h. t. cst. 34, 36 § 3 I. 2, 7 h. t. § 2, Savigny l. c. S. 210—224. Unter einem »solidus« versteht das deutsche Gewohnheitsrecht den ursprünglichen Werth eines ungarischen Dukaten, und danach betragen 500 solidi so viel als 2450 süddeutsche Gulden oder 1400 Thaler [4200 M.; nach Anderen — vgl. Windscheid Pandekten § 367 Note 2 = 4666⅔ M.]. Savigny l. c. S. 210, 211.

2) Die bei einer großen Schenkung erforderliche Form hat bloß den Zweck, durch ein öffentliches Dokument für den Beweis der Schenkung zu sorgen und künftigem Streit vorzubeugen. C. l. c. cst. 34 § 1, 2. Marezoll in der Gießener Zeitschrift Bd. I, S. 11—16.

3) Die Form ist gerichtliche Insinuation, d. h. eine Anzeige des Geschenks und der Partieen beim Richter (es kann jeder beliebige Richter angegangen werden, weil Nichts dabei zu erkennen ist, C. l. c. cst. 27 a. E. cst. 30, der darüber ein Protokoll aufzunehmen und dieses aufzubewahren hat. Die Anzeige muß von dem Schenker geschehen, sei es mündlich oder schriftlich oder durch einen gehörig legitimirten Bevollmächtigten; Lauterbach Coll. Pand. lib. 39 tit. 5 § 12. Gleichgültig ist es, ob sie der Vollziehung der Schenkung vorausgeht oder nachfolgt. Marezoll l. c. S. 6.

4) Bei der Bestimmung des Werths der Schenkung entscheidet der Werth, den das Geschenk zur Zeit der gemachten Schenkung hatte; vgl. auch D. 39, 5 h. t. l. 9 § 1 l. 11. Schenkt man zu gleicher Zeit verschiedenen Personen oder zu verschiedenen Zeiten derselben Person: so ist der Werth jeder einzelnen Schenkung für sich zu berechnen, und also die einzelne Schenkung nicht zu insinuiren, wenn sie nicht über 500 solidi beträgt. C. l. c. cst. 34 § 3. Über die Schenkung einer jährlichen Rente s. C. l. c. cst. 34 § 4; Savigny l. c. S. 213 f.; Marezoll l. c. S. 20 f.

5) Ist die Insinuation unterlassen: so gilt doch die Schenkung bis zum Werthe von 500 Dukaten; für den Überschuß aber ist sie nichtig und zwar so, daß sowohl der Schenkungsvertrag als auch die Veräußerung selbst, die Zahlung des Geschenks nichtig ist. Hieraus folgt: a. die Nichtigkeit des Vertrags und der Zahlung erstreckt sich auf jeden Überschuß über 500 Dukaten; schenkt daher z. B. Jemand 800 Dukaten: so ist die Schenkung bis zu 500 Dukaten gültig, 300 sind ungültig geschenkt und können daher zurückgefordert werden unrichtig ist deßhalb, was Savigny l. c. S. 216 in dieser Beziehung sagt) C. 8, 54 h. t. cst. 34 pr. § 1 cst. 35 § 3 cst. 36 § 3. — b. Wurden Sachen geschenkt, deren Werth 500 Dukaten übersteigt: so bleibt der Schenker in Beziehung auf diesen Überschuß Eigenthümer der Sachen und kann ihn also mit der rei vindicatio nicht bloß vom Beschenkten, sondern von jedem dritten Besitzer der Sachen zurückfordern. In einem solchen Falle werden daher Schenker und Beschenkter Miteigenthümer der Sachen und zwar condomini »pro indiviso« nach dem Verhältnis des Werths; z. B. wenn ein Haus, das 2000 Dukaten werth ist, geschenkt, tradirt und die Schenkung nicht insinuirt wurde: so bleibt der Schenker zu ¾ Eigenthümer des Hauses. Hier kann dann vermöge einer besonderen Bestimmung Justinians der Eigenthümer des größeren Theils den Anderen nach einer vom Richter zu bestimmenden Taxe auskaufen; will er es nicht und läßt sich die Sache nicht reell theilen: so kann der Eigenthümer des geringeren Theiles den Ersteren auskaufen. C. l. c. cst. 34 § 2. — c. Der Schenker hat gegen den Beschenkten und dessen Erben auch eine persönliche Klage (eine condictio »sine causa«) auf Herausgabe des Überschusses, aber nur so weit Derselbe noch dadurch bereichert ist. Savigny l. c. S. 220.

6) Es giebt einige Fälle, in welchen eine große Schenkung einer Insinuation nicht bedarf, s. Arndts § 81 a. E.

II. Schenkung des ganzen gegenwärtigen Vermögens oder einer Quote desselben. Hier gelten auch die ausgeführten Grundsätze; nur ist dabei noch Folgendes zu beachten: durch eine solche Schenkung wird nicht eine Universalsuccession begründet, sondern bloß eine Singularsuccession; es geht daher das Eigenthum der im Vermögen befindlichen Sachen nur über durch Tradition der einzelnen Sachen; die Schulden des Schenkers aber gehen gar nicht auf den Beschenkten über, da Niemand seine Schulden einseitig und ohne Zustimmung des Gläubigers auf einen Anderen übertragen kann; die Gläubiger des Schenkers können sich nur an den Schenker selbst halten und nicht gegen den Beschenkten klagen, so weit nicht die actio Pauliana (Arndts § 225) eine Ausnahme macht; D. 23, 3 de iur. dot. l. 72 pr.; 42, 8 quae in fraud. cred. l. 17 § 1; C. 8, 54 de donat. cst. 15, 22. Im Zweifel aber liegt einem solchen Schenkungsvertrag die Absicht der Partieen zu Grund, daß bloß das reine Vermögen, welches nach Abzug der Schulden übrig bleibt, geschenkt sein soll, arg. D. 23, 3 de iur. dot. l. 72 (werden bloß einzelne Vermögensgegenstände geschenkt, aber in der Absicht, daß der Beschenkte dafür Schulden des Schenkers übernehmen soll: so muß natürlich diese Übernahme ausdrücklich ausbedungen werden C. de don. cst. 22). Der Schenker kann daher von dem geschenkten Vermögen das zur Tilgung der Schulden Erforderliche abziehen und außerdem noch vermöge seines beneficium competentiae so viel, als er zu seinem Unterhalt nöthig hat D. 39, 5 h. t. l. 12; so weit er aber das zur Zahlung der Schulden Nöthige nicht abzog, kann er den Beschenkten auf Zahlung oder auf Übernahme der Schulden aus dem Schenkungsvertrag mit der actio praescriptis verbis belangen cst. 22 cit., eine Klage, die er natürlich auch seinen Gläubigern abtreten kann. Würde aber der Schenkung des ganzen Vermögens die Absicht zu Grunde gelegen haben, daß der Schenker Nichts zur Befriedigung seiner Gläubiger zurückbehalten und den Beschenkten nicht zur Zahlung der Schulden anhalten dürfe: so könnten wegen dieser Arglist des Schenkers seine Gläubiger mit der Pauliana actio Arndts § 228 Note b, g.) gegen den Beschenkten klagen; D. 42, 8 quae in fraud. l. 17 § 1; Savigny Syst. IV S. 136 f.

III. Donatio »sub modo« s. oben § 80 (Th. I S. 402) und Arndts § 83 Note 2.

IV. Donatio »remuneratoria«, d. h. wenn man Jemandem Gefälligkeiten, Wohlthaten oder Dienste, die er uns erwies, oder auch Geschenke, die er uns gab, durch eine Schenkung vergüten will. Eine solche Vergütung ist eine freie Gabe, also eine wahre Schenkung, nicht Zahlung einer wirklichen (rechtlichen) Schuld, und es sind daher bei ihr durchaus die besonderen Schenkungsgrundsätze (B, C, 1) anzuwenden, s. Arndts § 83 Nr. 1, auch Marezoll in der Gießener Zeitschrift I S. 30 f., Bangerow Pandekten I S. 203. Nur ist es unrichtig, wenn die beiden Letzteren bei der donatio remuneratoria wenigstens die Rückforderung wegen Undanks ausschließen wollen. Es giebt bloß einen Fall der donatio remuneratoria, in welchem sie den besonderen positiven Beschränkungen der Schenkungen, z. B. dem Widerrufe wegen Undanks und der Nothwendigkeit der Insinuation, nicht unterworfen ist, nämlich wenn wir dem Retter unseres Lebens Etwas für die Rettung schenken; dies darf man aber nicht auf andere remuneratorische Schenkungen ausdehnen. D. de donat. l. 34 § 1 und besonders Savigny Syst. IV S. 86—96.

Darlehn (mutuum).

§ 197.

(Arndts §§ 280—283.)

Dieses ist das Leihen fungibler Sachen[1] zum Verbrauchen. Es hat also zum Gegenstand fungible Sachen, welche dem Empfänger

[1] Vgl. oben § 62 (Th. I S. 286).

zu dem Zweck gegeben werden, daß er frei darüber verfügen und sie verbrauchen darf und deßhalb ihr Eigenthümer werden soll, jedoch mit der Verpflichtung, tantundem zu restituiren, d. h. nicht dieselben Stücke, die er empfing, sondern eben so viele andere beliebige Stücke von gleicher Güte. Der Empfänger wird daher debitor generis, trägt somit die Gefahr des Empfangenen[2] und kann vom Gläubiger mit einer persönlichen Klage, mit der actio mutui oder condictio ex mutuo auf Zurückzahlung des Betrags belangt werden[3].

Das Darlehn ist an sich ein unentgeltliches Geschäft; der Empfänger hat Nichts dafür zu zahlen, auch keine Zinsen. Wohl aber können (bei demselben) durch Vertrag Zinsen ausbedungen werden und dann bilden diese gewissermaßen eine Gegenleistung für das eingeräumte Darlehn[4]; auch muß der Schuldner jedenfalls, wenn er in Verzug kommt, von da an das Kapital verzinsen, nicht zwar nach römischem Recht (weil das mutuum ein negotium stricti iuris war), aber bei uns[5].

Über den Beweis des Darlehns[6] ist noch Folgendes hervorzuheben: Wer behauptet, einem Anderen ein Darlehn gegeben zu haben und ihn auf Zurückzahlung belangt, muß natürlich, wenn der Beklagte den Empfang leugnet, beweisen, daß er ihm das Darlehn gegeben habe. Diesen Beweis sichert man sich gewöhnlich dadurch, daß man sich vom Schuldner ein Empfangsbekenntnis über das Darlehn ausstellen läßt. Nun kommt es aber nicht selten vor, daß Der, dem ein Darlehn von einem Anderen zugesagt wird, diesem, um die Sache abzukürzen, sofort einen Empfangschein oder einen unterschriebenen Schuldschein über das Darlehn schickt mit dem Ersuchen, ihm dagegen das Darlehn zu schicken. Hier könnte aber Jemand den Schuldschein behalten, ohne Etwas zu schicken, und nach einiger Zeit, auf die Urkunde gestützt, Rückzahlung des angeblichen Darlehns verlangen, und dann müßte der Beklagte, da seine Schuld durch die Urkunde bewiesen wird, zahlen, wenn er nicht gegen die Urkunde den schwierigen Beweis des Nichtempfangs führen kann. Zum Schutze gegen solchen Mißbrauch des Vertrauens nun giebt das gemeine Recht, wenigstens nach

---

[2] S. oben § 195 Lit. G Nr. I (bei Anm. 61).
[3] S. oben § 83 Beil. I Nr. VI a. E. (Th. I S. 418 f.).
[4] S. Arndts § 283. [5] S. oben § 174 Beil. I Nr. I a. E.
[6] Vgl. Arndts § 281.

der auch in der Praxis durchaus angenommenen Ansicht[7] folgende Bestimmungen, die freilich legislativ sehr bedenklich sind:

1) ein Empfangschein über ein erhaltenes Darlehn beweist in den ersten zwei Jahren von seiner Ausstellung an gar Nichts, und der Aussteller hat, damit der Schein nicht mißbraucht werde, folgende Rechtsmittel:

a. er kann die Urkunde ohne Weiteres mit einer condictio sine causa zurückfordern[8];

b. ist er daran verhindert, so kann er durch einen schriftlichen, dem Gegner oder dem Gericht übergebenen Protest die Beweiskraft der Urkunde auf immer vernichten[9].

c. Wird er innerhalb der 2 Jahre auf Zahlung belangt, und er hat die Urkunde nicht zurückgefordert, so beweist sie doch Nichts gegen ihn, wenn er einwendet, das Darlehn nicht bekommen zu haben (also den Empfang des Darlehns leugnet). Dieser Einwand oder dieses Leugnen ist eigentlich eine litis contestatio negativa[10], wird aber gewöhnlich exceptio non numeratae pecuniae genannt, indem eine solche Einwendung bei den Römern, wenn die Rückzahlung noch besonders durch Stipulation versprochen worden war, was gewöhnlich geschah, und mit der actio ex stipulatu geklagt wurde, eine wahre exceptio war[11]. Es kann dann der Kläger auf die Urkunde sich nicht berufen, sondern bringt nur durch, wenn er auf andere Weise die geschehene Auszahlung des Darlehns beweisen kann[12].

2) Wenn aber der Aussteller in den ersten zwei Jahren keines dieser Mittel anwendet, so erlangt nun die Urkunde unbedingte Beweiskraft gegen ihn[13]. Klagt daher nun erst der Gläubiger ex chirographo auf Rückzahlung des Darlehns, so wird der Beklagte mit dem Einwande, Nichts bekommen zu haben, gar nicht mehr gehört; er muß ohne Weiteres zahlen.

---

[7] Vgl. Arndts § 281 Anm. 1. [8] Arndts l. c. Note c.
[9] Arndts l. c. Note d. [10] S. oben § 102 (Th. I S. 528 f.).
[11] Wegen des oben § 184 Lit. F Nr. 2 über stipulationes Bemerkten. S. auch Arndts § 281 Anm. 6.
[12] Arndts § 281 Note b.
[13] Praesumtio iuris et de iure. Vgl. oben § 101 Beil. I Nr. III 2 (Th. I S. 522. Cod. de non num. pec. 4, 30 cst. 14 pr. § 3; Inst. de lit. obl. 2, 21 § un.; Arndts l. c. Anm. 7.

3) Gegen minderjährige Schuldner laufen die zwei Jahre erst von ihrer Volljährigkeit an[14].

Das Ausgeführte gilt aber nur

a. bei Empfangs- und Schuldscheinen über ein Darlehn; ferner über eine empfangene dos, nur daß bei dieser die Termine andere sind[15].

b. Es gilt ferner nur, wenn die Urkunde nicht einen vor ihrer Ausstellung geschehenen Empfang bezeugt. Es gilt also, z. B. wenn die Urkunde dahin lautet: Ich bekenne hiermit, oder ich bekenne heute, oder ich bekenne von N. 1000 M. Darlehn erhalten zu haben. Es gilt aber nicht, wenn z. B. gesagt ist: ich bekenne gestern, oder ich bekenne vor einer Stunde von N. 1000 M. Darlehn erhalten zu haben. Der letztere Schein beweist sofort vollkommen, weil der Aussteller doch wissen mußte (und wußte), ob er gestern oder vor einer Stunde das Darlehn erhalten hatte[16].

c. Auch hat der Empfangschein (über ein Darlehn) sofort Beweiskraft, wenn er vor einer öffentlichen Behörde ausgestellt wurde[17].

d. Endlich versteht es sich von selbst, daß wenn der Aussteller in der Urkunde auf die exceptio non numeratae pecuniae verzichtet, dieser Verzicht in den Fällen von a. und b. ebenso unwirksam ist, wie die Urkunde selbst[18].

Leihvertrag und precarium.

§ 198.

(Arndts § 284.)

I. Wenn eine Sache nicht zum Verbrauchen, sondern nur zu einem nach Zeit, Inhalt oder Zweck bestimmten Gebrauch gegeben wird, so ist der Vertrag ein Leihvertrag (commodatum). Der Empfänger, der Kommodatar, erhält durch diesen Vertrag nur das Recht, die Sache zu dem bestimmten Zwecke ordnungsmäßig zu gebrauchen[1].

---

[14] Cod. ex quib. caus. in int. 2, 41 cst. 5. Z. B. wenn ihr Erblasser den Schuldschein ausgestellt hatte.

[15] Arndts l. c. Anm. 3 und § 410 a. E.

[16] Cod. de non num. pec. 4, 30 cst. 5 u. 13. Arndts § 281 Anm. 2. Windscheid Pand. § 372 Nr. 1.

[17] Cod. l. c. cst. 14 § 1. [18] Cod. l. c. cst. 6.

[1] S. auch unten die Beil. in Nr. V 2, VI 3.

Der commodans bleibt Eigenthümer der Sache (wenn er es überhaupt war) und possessor[2]. Gegenstand eines solchen Vertrags kann also nur sein entweder eine Sache, die durch den gestatteten Gebrauch nicht aufgezehrt wird, oder eine verzehrbare Sache dann, wenn sie nicht zum Verzehren, sondern zu anderen Zwecken gegeben wird. Die Verbindlichkeit des Empfängers, welche der Geber mit der actio commodati directa geltend macht, geht auf Ordnungsmäßigkeit im Gebrauch der Sache und rechtzeitige Zurückgabe der kommodirten konkreten Sache; er haftet daher zwar für jede culpa, aber nicht für den casus[3]. Hat der Kommodatar Aufwand auf die Sache gemacht, und zwar

a. solchen, der bloß den Gebrauch der Sache betrifft, z. B. das Füttern eines geliehenen Pferdes, so hat er (der Kommodatar) ihn zu tragen. Ist der Aufwand ein anderer und zwar

b. ein solcher, der eine gültige negotiorum gestio für den Kommodanten bildet[4], so kann er von diesem ihn ersetzt verlangen, entweder retinendo, wenn er auf Zurückgabe der Sache belangt wird, oder auch mit einer actio commodati contraria[5].

c. Fällt der Aufwand nicht unter b., so hat er bloß das ius tollendi[6].

Im Wesen des Kommodats liegt es, daß dem Kommodatar der Gebrauch unentgeltlich überlassen wird. Wird der Gebrauch für eine Gegenleistung überlassen, so ist der Vertrag ein Miethvertrag[7].

II. Verwandt mit dem Kommodat ist das precarium[8].

Beilage.

Precarium ist die Gestattung der Ausübung einer Befugnis unter Vorbehalt willkürlichen Widerrufs der Gestattung. Zu eng ist es, wenn meist der Begriff des Prekariums auf Gebrauchsüberlassung einer Sache beschränkt wird; s. unten Nr. V, 1.

I. Bei einem solchen precarium hat der Einräumende oder Geber an sich gar nicht die Absicht, sich zu irgend Etwas zu verpflichten oder sich zu binden; er kann das Verhältnis durch beliebigen Widerruf lösen. Daraus aber, daß das

---

[2] Arndts l. c. Note d.

[3] Arndts l. c. und oben § 195 Lit. G. Nr. II 1. Vgl. auch oben § 185 Beil. Nr. III 2. 3.

[4] Nach § 203 Beil. I. [5] D. commodati 13, 6 l. 18 § 2 u. 4.

[6] S. oben § 67 Beil. Nr. IV (Th. I S. 309).

[7] I. quib. mod. re 3, 14 § 2 a. E. [8] Arndts § 284 Anm. 1.

Vertragsverhältnis ihn nicht bindet, folgt an sich noch keineswegs, daß auch der Empfänger, der Precist, durch Annahme der Gestattung nicht vertragsmäßig obligirt werde; denn in der Annahme des Prekariums als solchen liegt eine vertragsmäßige Zusage der Rückerstattung für den Fall der Beendigung des Verhältnisses, namentlich des erklärten Widerrufs. Allein

II. das ältere römische Recht ging von einer ganz anderen Auffassung aus (über das Räthselhafte derselben vgl. Savigny Besitz § 42 S. 663 ff., der 7. Ausg.). Es faßte eine solche Überlassung (wenn nicht die Rückerstattung stipulirt wurde, s. Nr. IV) gar nicht als ein juristisches Geschäft auf, sondern als etwas rein Faktisches, wodurch selbst auf Seiten des Empfängers nicht eine Obligation begründet werde, und deßhalb fand gegen ihn keine civilistische Klage aus dem Vertrage statt (vgl. D. 43, 26 de precario l. 14; 47, 2 de furt. l. 14 § 11); der Geber mußte sich daher mit Klagen helfen, welche ganz abgesehen von einem Vertragsnexus zulässig waren, z. B. mit der rei vindicatio oder Publiciana actio, in den Fällen von Nr. V, 1 a mit der negatoria actio oder auch dem interdictum retinendae possessionis ꝛc. Erst das prätorische Edikt gab ihm eine besondere persönliche Klage gegen den Precisten, ein interdictum de precario. Das Edikt faßte aber diese Klage lediglich als eine sachverfolgende Klage ex delicto auf, welche wegen dolus des die Rückgabe verweigernden Precisten auf Rückerstattung des Eingeräumten, und wenn er in Folge seines dolus nicht rückerstatten kann, auf Ersatz des Interesses ging; D. 43, 26 h. t. l. 2 pr. l. 8 § 3—6. Eben deßhalb ging das Interdikt gegen die Erben des Precisten wegen dolus desselben nur so weit durch diesen dolus Etwas auf sie kam; D. h. t. l. 8 § 8 a. E., vgl. oben § 89 Beil. I Lit. B Nr. I, 1 (Th. I S. 467); jedoch haften sie auch, wohl vermöge einer Erweiterung, die durch Interpretation aufkam, wie der Precist selbst, wenn sie den Gegenstand in Händen haben oder, falls sie das Verhältnis kannten, durch ihren dolus nicht mehr haben; l. 8 § 8 cit.; C. 8, 9 h. t. cst. 2; vgl. auch Savigny a. O. S. 461. 462, Keller Pandekten § 159.

III. Eine Verpflichtung zu einer Sorgfalt in Beziehung auf das Anvertraute hatte nach dem älteren Rechte der Precist nicht, eben weil er nicht als vertragsmäßig obligirt betrachtet wurde: erst von der Anstellung des Interdikts an mußte er, da er von da an als im Verzuge befindlich galt, wie jeder Morose für omnis culpa und in der Regel auch für casus einstehen; D. h. t. l. 2 pr. l. 8 § 4, § 6 in den Worten »Plane« ꝛc.; de furt. l. 14 § 11. Vermöge einer ausdehnenden Erklärung der römischen Juristen aber hatte er wenigstens auch für lata culpa zu haften (h. t. l. 8 § 3 a. E. § 6, de reg. iur. l. 23, wo aber »contractus« ohne Zweifel im uneigentlichen Sinne für Obligationsgrund überhaupt genommen ist; Savigny a. O. S. 460 Note 2 a. E.), was schon eine Annäherung an die Annahme eines obligatorischen nexus war. Allmählich aber ging die römische Doktrin mit Recht weiter; sie faßte das Verhältnis auch als Vertragsverhältnis auf, durch welches an sich schon in Folge des Empfanges der Precist obligirt werde, als einen Innominatkontrakt, und gab dem precario dans eine actio praescriptis verbis gegen den Precisten; D. h. t. l. 2 § 2 l. 19 § 2 (wo aber statt »condictione« zu lesen sein wird »actione«; Savigny Syst. V S. 98 Note o S. 504). Eine Konsequenz hievon mußte sein a. daß diese Klage, wie überhaupt Kontraktsklagen, gegen die Erben des Precisten auch wegen eines dolus desselben in unbeschränktem Betrage zulässig ist (s. oben § 89 Beil. I Nr. II Th. I S. 468); b. daß nun mit dieser Klage der Precist nicht bloß wegen dolus und lata culpa, sondern auch wegen levis culpa in Anspruch genommen werden kann. Zwar wird die letztere Konsequenz von den Meisten geleugnet und allerdings sagen die Quellen Nichts darüber. Allein wenn der precario dans das Recht hat, das Verhältnis auch als Innominatkontrakt zu behandeln: so mußte schon aus dem allgemeinen Grundsatze der l. 17 § 2 D. 19, 5 de praesc. verb. folgen, daß dann der Precist auch wegen omnis culpa verantwortlich gemacht werden kann; s. auch noch Paulus Rec. sent. V 6 § 10, der diese civilis actio des precario dans mit der Kommodatsklage vergleicht. Es steht hiernach dem precario dans die Wahl zu, ob er mit dem interdictum de precario klagen

will, wobei er aber den unter Nr. II angeführten Beschränkungen unterliegt, oder ob er das Verhältnis als wirklichen Kontrakt behandeln und mit der actio praescriptis verbis klagen will.

IV. Diese Wahl zwischen Interdikt und Kontraktsklage galt aber nicht, wenn der Precist durch ein klagbares Versprechen, also durch eine Stipulation, sich zur Rückgabe obligirt hatte; es war dann der Geber auf die Kontraktsklage beschränkt und das Verhältnis überhaupt nach dem geschlossenen Kontrakte zu beurtheilen; D. h. t. l. 15 § 3, vgl. auch Savigny Besitz § 42 S. 460 Note 2. Diese l. 15 wird aber gewöhnlich nicht gehörig beachtet oder ihr nicht die in ihr liegende Konsequenz gegeben. Denn es würde aus ihr für das gemeine Recht folgen, daß das Interdikt überhaupt wegfallen müsse, da bei uns auch dem bloßen pactum die Wirksamkeit eines civilistischen Kontrakts zukommt, also auch dem acceptirten formlosen Versprechen der Rückerstattung diese Wirkung zukommen muß und ein solches Übereinkommen auch schon in der Verabredung liegt, daß die Verstattung ein bloßes precarium sein soll. Indessen hat man bei uns jenem Satze nie diese Konsequenz gegeben, sondern dem precario dans stets die Wahl zwischen Interdikt und Kontraktsklage gelassen. Jedenfalls aber können bei uns die oben unter Nr. III a. und b. gezogenen Folgerungen keinem Zweifel unterworfen sein; denn wir haben das Verhältnis, wenn nicht dem Interdikte geklagt wird, stets als Kontraktsverhältnis mit allen seinen Konsequenzen zu beurtheilen.

V. Was die Fälle des Prekariums betrifft, so bezeichnen:

1) die römischen Quellen als den Hauptfall die unentgeltliche, beliebig widerrufliche Überlassung der faktischen Ausübung des Inhalts eines dinglichen Rechts, der possessio corporis vel iuris; D. h. t. l. 2 § 3 l. 3 l. 4 § 1. Man kann daher namentlich als precarium überlassen: a. die Ausübung eines ius in re, ein Fall, der auch bei uns sehr häufig ist, z. B. wenn ich Jemandem gestatte, so lange es mir gefallen würde, ein über mein Grundstück hereinragendes Vordach an seinem Hause zu haben, oder eine Wegegerechtigkeit durch mein Grundstück auszuüben ꝛc. Damit kommt der Precist faktisch in die Ausübung des Inhalts einer Servitut, wird also iuris quasi possessor; D. h. t. l. 2 § 3 l. 3 l. 8 § 5 l. 15 § 2; b. man kann aber auch den Besitz der Sache selbst, die corporis possessio, Jemandem precario überlassen, so daß der Empfänger in die faktische Ausübung des Eigenthumsinhalts, so weit er das Haben- und Gebrauchendürfen betrifft, gesetzt wird, z. B. wenn bei einem bedingt abgeschlossenen Veräußerungsvertrage die Sache dem Erwerber vorläufig precario übergeben wird; D. h. t. l. 2 § 3 l. 4 § 1 l. 17, 22 l. 6 § 3, 4 l. 11; 19, 1 de A. E. V. l. 13 § 21; 43, 24 quod vi aut clam l. 11 § 12. Es ist dies ein Fall des sog. abgeleiteten Besitzes; ein solcher Besitz des Precisten ist zwar eine vitiosa possessio im Sinne von (oben) § 128 Beil. Lit. A 4 c, aber weil und so lange er in Folge der Gestattung des Gebers besteht, eine iusta possessio. Zwar wird das Letztere von Manchen, auch von Bangerow Pandekten § 691 geleugnet, indem sie behaupten, daß dem Koncedenten gegenüber die dem Precisten eingeräumte possessio gleich von Anfang an eine iniusta sei; allein dies widerspricht sowohl der Natur der Sache, als den klaren Aussprüchen der Quellen, welche ganz allgemein dem Precisten eine iusta possessio zuschreiben; D. 6, 2 de Publ. act. l. 13 § 1; 9, 4 de nox. act. l. 22 § 1; 10, 3 comm. div. l. 7 § 4; seine possessio wird erst von der Weigerung der Rückgabe an eine iniusta; Savigny Besitz § 42 S. 460 § 11 S. 174. Was aber den von Bangerow berührten Anfang der Verjährung der Rückforderungsklage betrifft: so läuft dieser allerdings von der Übergabe an, allein nicht, weil schon von da an die possessio des Precisten für eine iniusta gilt, was nicht der Fall ist, sondern aus demselben Grunde, aus welchem Bangerow I § 147 Nr. II 4 mit Recht auch die Verjährung der Klage auf Zurückgabe eines depositum mit der Perfektion des Vertrags beginnen läßt, nämlich weil der Geber sofort gegen den Precisten eine Anforderung auf Zurückgabe erheben kann.

2) Das precarium kann sich auch auf eine willkürlich widerrufliche bloße

Gebrauchsverstattung einer Sache beschränken, bei welcher der Precist nicht possessor der Sache wird; D. h. t. l. 6 § 2 l. 8 pr. l. 15 pr. Vom Kommodat Arndts § 284 vgl. l. 1 § 3 h. t.) unterscheidet sich dieser Fall dadurch, daß beim precarium der den Gebrauch Verstattende sich nicht binden und keine Verpflichtung übernehmen will, die Gebrauchsverstattung dagegen dann ein Kommodat ist, wenn der Geber sich in Betreff derselben in irgend einer Beziehung bindet, so daß er den Gebrauch so lange zu lassen verpflichtet wird, als es durch die Art des eingeräumten Gebrauchs oder durch ausdrückliche Verabredung oder sonst durch die Intention des Vertrags sich bestimmt; D. 13, 6 commod. l. 17 § 3; vgl. auch Schmidt von Ilmenau in den Leipziger kritischen Jahrbüchern für Rechtswissenschaft Bd. XIV 1843 S. 786—791, Bangerow Pandekten § 691 Nr. VI. Dagegen ist hinsichtlich der vom Empfänger zu prästirenden diligentia und der Haftpflicht der Erben zwischen Kommodat und Gebrauchsverstattung durch ein precarium kein Unterschied mehr; s. Nr. III, IV.

VI. Sehr bestritten ist die Frage, wie das Verhältnis aufzufassen sei, wenn bei dem precarium verabredet wurde, daß die Gestattung bis zu einer gewissen Zeit oder bis zum Eintritt eines gewissen Umstandes dauern solle. Es ist hier zu unterscheiden:

1) In der Natur des Prekariums liegt, daß der Geber sich gar nicht verpflichten will. Hieraus folgt: giebt er ein precarium, d. h. erklärt er, das Geben soll ein prekäres, ein willkürlich widerrufliches sein, und bezeichnet er dabei einen Termin, bis zu welchem das precarium dauern soll: so ist dies dahin auszulegen, daß er diesen Termin nicht als eine Beschränkung für sich, also nicht als eine Beschränkung seines Widerrufsrechts auffaßte, sondern bloß als einen Termin, an welchem das Verhältnis sich jedenfalls endigen soll, und als eine, wenn auch prekäre, Aussicht für den Precisten, den Gegenstand so lange behalten zu dürfen, bis jener Termin ablaufe, also als eine Erklärung, er (der Geber) gedenke nicht vor Ablauf der Zeit zu widerrufen, nicht aber als eine Erklärung, daß er sich verpflichte, vor der Zeit nicht zu widerrufen; es hat also die Beifügung eines solchen Endtermins nicht den Sinn und deßhalb nicht die Wirkung, daß bis dahin der Precist auch wider den Willen des Koncedenten das precarium haben soll; D. h. t. l. 12 pr. (»sed nulla vis est huius conventionis, ut rem alienam domino invito possidere liceat«, Schmidt v. Ilmenau a. O. S. 773, 774). Widerruft der Geber nach Ablauf des Termins nicht: so liegt darin eine Erneuerung des Prekariums, und wird der Termin vor seinem Ablauf verlängert: so dauert das alte precarium fort; l. 4 § 4 l. 5 h. t.

2) Wenn aber der Sinn jener Verabredung wirklich ein anderer ist, d. h. der Geber sich wirklich auf eine gewisse Zeit oder bis zum Eintritt eines gewissen Umstandes binden wollte, z. B. er die Ausübung einer Servitut precario gestattet, aber beifügt, er verpflichte sich, innerhalb des ersten Jahres vom Widerrufsrecht keinen Gebrauch zu machen: so widerspricht dies allerdings der Natur des Prekariums. Allein es ist doch wohl zu rasch geschlossen, wenn die Meisten nun sagen, daß deßhalb ein solches Versprechen nicht bindend sei; so z. B. Bangerow Pandekten III § 691 Nr. II, Sintenis Civilrecht II § 111 Note 35, Savigny Besitz § 42 S. 461 der 7. Ausg. Ein solches mit einem precarium verbundenes Versprechen enthält nicht einen inneren Widerspruch, sondern bloß eine Modifikation des Prekariums, deren Geltung, namentlich bei der freieren Wirksamkeit der pacta nach unserem Rechte, um so weniger einem Anstand unterworfen sein wird, als auch schon die Römer ein modificirtes precarium dann für zulässig annahmen, wenn die possessio einer Sache auf Denjenigen, der beim Eintritt eines gewissen Umstandes das Eigenthum erwerben soll, vorläufig bis zur Entscheidung über den Eintritt dieses Umstandes übertragen wird, und hier gegen eine Zurückforderung vor dieser Entscheidung eine Einrede gaben; D. h. t. l. 20 (»ea quae distracta sunt, ut precario penes emtorem essent, quoad pretium universum persolveretur, si per emtorem stetit, quominus persolveretur, venditorem posse consequi«; hiernach soll also erst dann ein Widerruf zulässig sein, »si per emtorem stetit« ꝛc.); vgl. auch

D. 23, 3 de iur. dot. l. 7 § 3. Bewährte ältere Praktiker geben auch zu, daß wenigstens »moribus hodiernis« ein solches beschränkendes pactum, z. B. ne res precario concessa intra annum revocetur, gelte (z. B. Lauterbach Coll. Pand. ad h. t. § XI, Struck Usus mod. Pand. ad h. t. § 2), und die neueren werden es wohl auch nicht in Abrede ziehen. Auch Savigny (Besitz § 42 S. 461) giebt zu, daß, wenn das precarium als Vertrag behandelt werden könnte, der Klage aus dem Vertrage in solchen Fällen eine exceptio pacti entgegenstehen würde; nach dem gemeinen Rechte aber wird sich jedenfalls, auch wenn man von dem oben Nr. IV über die l. 15 § 3 h. t. Angeführten absehen würde, nicht in Abrede ziehen lassen, daß das precarium durchaus Vertragsnatur hat.

3) Wenn man den Begriff des Kommodats so weit fassen würde, daß es jede unentgeltliche Überlassung einer Sache zum Gebrauche unter der Verpflichtung künftiger Zurückgabe begreifen soll: so würde dann unter diesen Begriff auch eine rein prekäre unentgeltliche Überlassung zum Gebrauche fallen. Gemeinrechtlich ist dies nicht, wie oben bemerkt wurde. Das Sächsische Gesetzbuch aber § 1173 faßt den Begriff des Kommodats so weit und, wie mir scheint, ganz mit Recht, indem das precarium auf Gebrauchsüberlassung sich vom gemeinrechtlichen Kommodat in der That nur durch die willkürliche Widerruflichkeit unterscheidet und es gewiß richtig ist, von der Art der Widerruflichkeit des gestatteten Gebrauchs den Begriff des betreffenden Vertrags nicht abhängig zu machen. Damit ist aber keineswegs durch das Gesetzbuch das precarium ganz im Kommodate aufgegangen; namentlich kann in den unter Nr. V, 1 a angeführten Fällen das precarium nicht unter das Kommodat, auch nicht nach dem weiten Begriffe des Gesetzbuchs, gebracht werden, sondern bildet ein besonderes Vertragsverhältnis, und dies erkennt auch das Gesetzbuch § 1186 dadurch an, daß es für solche Fälle bloß eine analoge Anwendung der Kommodatsgrundsätze festsetzt. Nur fragt es sich, ob nach dem Gesetzbuch ein prekär koncedirter Sachbesitz (Nr. V 1, b) nach dem Besitzbegriffe des § 186 möglich ist (vgl. auch Gesetzbuch § 190).

Depositum.

§ 199.

(Arndts §§ 285—287.)

Der Vertrag, vermöge dessen Jemand die unentgeltliche Aufbewahrung beweglicher Sachen übernimmt, heißt depositum, Hinterlegungsvertrag[1]. Sein Zweck ist also bloß Aufbewahrung der Sachen. Wer ein depositum übernimmt (der Depositar), wird bloß detentor, hat seiner Zeit die empfangenen konkreten Sachen (species) zurückzugeben, haftet somit nicht für den Zufall. In diesen Beziehungen gilt von ihm, was vom Kommodatar gilt; er unterscheidet sich aber vom Letzteren dadurch, daß er nicht für culpa omnis, sondern bloß für dolus und culpa lata haftet[2], da er unentgeltlich Lasten übernimmt; ferner, daß er die Sache nicht gebrauchen darf und

[1] S. unten § 202 Beil. I Nr. I a. E. Arndts § 285 Note b.
[2] S. oben § 87 Beil. I Nr. II 1 (Th. I S. 453).

oder macht er dem Wirthe die Anzeige nicht: so haftet der Wirth für solche Sachen nicht. Vgl. auch Deutsches Handelsgesetzbuch Art. 395 Abs. 2.

Natürlich kann der Beschädigte in den angeführten Fällen sich auch an den Thäter selbst, wenn er ihn ausfindig machen kann, halten, z. B. den Dieb mit der condictio furtiva, den Beschädiger der Sachen mit der aquilischen Klage belangen; er hat in solchen Fällen die Wahl, ob er den Wirth ꝛc. auf die angeführte Weise in Anspruch nehmen oder sich an den Thäter halten will. D. 4, 9 h. t. l. 3 § 5.

II. Kann der Reisende beweisen, daß der Schaden von den Leuten des Wirthes oder von Denen, die bei ihm logirten, herrührt: so muß der Wirth unbedingt dafür haften. Nach römischem Recht fand in diesem Falle gegen den Wirth sogar eine Klage auf Ersatz des doppelten Schadens statt, eine actio »in factum quasi ex delicto«. I. 4, 5 de obl. quas. ex del. § 3; D. h. t. l. 7 pr. § 1, 4, 5 l. 6 § 1, 3; 47, 5 furti adv. naut. l. un. pr. § 1, 2. Bei uns geht aber diese Klage nicht mehr auf doppelten, sondern bloß auf einfachen Ersatz. — Im Übrigen aber gilt das unter I und II Ausgeführte auch bei uns noch durchaus; denn wenn zwar der eine Grund, aus welchem das römische Recht diese Bestimmungen einführte (D. 4, 9 h. t. l. 3 § 1 »ut innotesceret, praetorem curam agere reprimendae improbitatis hoc genus hominum«) bei uns weggefallen ist: so besteht doch noch durchaus der andere, daß nämlich in solchen Fällen der Reisende seine Sachen ganz der Diskretion des Wirthes und seiner Leute anvertrauen muß D. l. c. l. 1 § 1. Häufig will man sie sogar auf Lohnkutscher ausdehnen, was sich aber nicht rechtfertigen läßt. Dagegen gelten sie bei der Post in Beziehung auf die von ihr übernommenen Gegenstände und mit Recht werden sie nun vom Deutschen Handelsgesetzbuch Art. 395, 396, 400, 423 im Wesentlichen auch angewendet auf Frachtführer, welche gewerbsmäßig den Transport von Gütern zu Lande oder auf Flüssen und Binnengewässern ausführen und auf Transport auf Eisenbahnen.

Der Trödelvertrag (contractus aestimatorius).

§ 201.

(Arndts § 290.)

Er ist der Vertrag[1], vermöge dessen Jemand einem Andern, dem sog. Trödler, eine Sache mit einem Preisanschlag zum Zweck der Veräußerung so übergiebt, daß er ihm entweder die Sache zurückbringen soll oder den festgesetzten Preis. Ein solcher Vertrag war nach römischem Recht ein pactum nudum, das durch Übergabe der Sache in einen klagbaren Innominatkontrakt überging; bei uns ist er schon als pactum klagbar.

Veräußert der Trödler die Sache, so muß er jedenfalls seinem Kontrahenten für den festgesetzten Preis haften; löst er mehr, so ist der Überschuß sein Vortheil; das Geschäft ist also wesentlich verschieden von einem bloßen Verkaufsauftrag[2].

---

[1] Auch dieser Vertrag gehört nicht zu den unentgeltlichen Verträgen (zu welchen Arndts ihn stellt), also eigentlich nicht hierher.

[2] D. de aestim. act. 19, 3 l. 1. Arndts l. c.

In Bewahrung und Behandlung der Sache haftet der Trödler für culpa omnis; er haftet aber nicht für den Zufall, außer wenn er seinem Kontrahenten erklärt hat, er wolle selbst die Sachen für den angesetzten Preis behalten, in welchem Falle er als Käufer behandelt wird; oder wenn er es war, der sich zum Trödelvertrag anbot[3].

Der Mandatsvertrag.

§ 202.

(Arndts §§ 291—296.)

Mandatum (Auftragsvertrag) im weitern Sinne ist jeder Vertrag, durch den Jemand für den anderen Kontrahenten Etwas zu besorgen, also einen Dienst zu leisten, übernimmt. Geschah dies

a. unentgeltlich: so ist der Vertrag ein mandatum im engern und eigentlichen Sinn[1];

b. gegen Zusage einer Bezahlung: so ist der Vertrag eine locatio conductio operarum, **Dienstmiethe**, wenn die zu leistenden Dienste operae illiberales[2] sind; sind dagegen die Dienste operae **liberales**, so war nach römischem Recht der Vertrag ein pactum nudum, das durch Leistung in einen Innominatkontrakt überging, wobei aber die Bezahlung der Dienste zur Zeit des Formularprocesses nur durch eine actio extraordinaria eingeklagt werden konnte[3]. Nach deutschem Recht aber ist auch ein solcher Vertrag, den man durch **entgeltlichen Dienstvertrag im engern** Sinn bezeichnen kann, schon als bloßes pactum klagbar[4] und unterscheidet sich bloß im **Namen** von der Dienstmiethe[5].

Ein Fall des Mandats ist Das, was wir **Anweisung** (sog. assignatio) nennen. Sie ist nämlich ein doppelter **Auftrag**, den der Anweisende (**Assignant**) a. einem Anderen (dem **Assignatar**, Anweisungsempfänger) dahin giebt, von einem Dritten dem **Assig-**

---

[3] D. l. c. l. 1 § 1; de praescr. verb. act. 19, 5 l. 17 § 1.

[1] Schon nach **römischem** Recht klagbar, auch wenn er formlos eingegangen ward, ein Konsensualkontrakt. Die **Grundsätze** über das eigentliche Mandat s. unten Beil. I, vgl. **Arndts** § 291—294.

[2] S. unten § 209 Beil. II Nr. II. Der Vertrag war schon nach römischem Recht ein Konsensualkontrakt, s. oben § 184.

[3] Vgl. unten § 209 Beil. II Nr. II; unten (§ 202) Beil. I Nr. IV.

[4] S. oben § 184 Lit. E.

[5] Vgl. unten § 209 Beil. II Nr. II a. E.

naten, Angewieſenen) eine Zahlung zu erheben, und b. ein Mandat des Anweiſenden an dieſen Dritten, die Zahlung zu leiſten[6]. Die Zwecke einer ſolchen Anweiſung können ſehr verſchieden ſein und danach können ſehr verſchiedene Rechtsgeſchäfte zwiſchen dem Aſſignanten und Aſſignatar der Anweiſung zu Grunde liegen, durch welche dann das Rechtsverhältnis zwiſchen ihnen beſtimmt wird. Es kann z. B. der Zweck ſein: dem Aſſignatar die angewieſene Summe zu ſchenken, oder durch ſie eine Schuld an ihn zu tilgen, oder ihm den Betrag zu leihen, oder daß er das Erhobene an den Aſſignanten abliefere.

Dabei iſt noch zu beachten:

1) Häufig iſt der Aſſignant (aus irgend einem Grunde) Gläubiger des Aſſignaten, und häufig iſt er zugleich Schuldner des Aſſignatars und bezweckt durch ſeine Aſſignation die Tilgung ſeiner Schuld. Aber die Aſſignation iſt keineswegs in ſolchen Fällen eine Ceſſion der Forderung des Aſſignanten, auch nicht eine Zahlung ſeiner Schuld an den Aſſignatar. Denn ſie iſt lediglich Ermächtigung zu einer Zahlungserhebung. Wenn ich z. B. von N. 1000 M. zu fordern habe und dem O. 1000 M. ſchulde, und nun den O. anweiſe, den Betrag ſeiner Forderung an mich bei meinem Schuldner N. zu erheben, ſo trete ich dadurch meine Forderung gegen N. nicht an den O. ab, ſondern legitimire nur den O. zur Erhebung des Betrags; bis dies geſchehen, bleibe ich Gläubiger des N., Schuldner des O.; wird O. von N. nicht befriedigt, weil dieſer nicht zahlen kann, ſo behält er noch ſeine Forderung an mich und ich an N.

Anders iſt es natürlich, wenn die Forderung an Zahlungsſtatt cedirt worden iſt, der O. alſo einverſtanden iſt, daß ich ihm meine Forderung gegen N. abtrete und dadurch meine Schuld an ihn zahle. Hier würde dann mein Gläubiger O. in meine Forderung gegen N. eintreten und dadurch von mir bezahlt und ich würde ſo von meiner Schuld an ihn frei. Aber hier könnte dann O., wenn N. wegen Inſolvenz nicht zahlen kann, in der Regel keinen Erſatz von mir verlangen, weil der Cedent in der Regel nicht für nomen bonum haftet[7].

---

[6] Dies liegt auch ſchon ſtillſchweigend in der dem Anderen gegebenen Anweiſung.
[7] Vgl. oben § 193 Lit. B Nr. III 7.

2) Sehr häufig geschieht die Assignation an einen Assignaten, der nicht Schuldner des Assignanten ist. Nimmt ein solcher Assignat das Mandat an und vollzieht es, so kann er die Auslage, die ihm die Vollziehung des Mandats machte, natürlich vom Assignanten ersetzt verlangen und hat zu diesem Zwecke die actio mandati contraria gegen ihn.

Beilage I.

Durch das eigentliche mandatum (Auftragsvertrag im engeren Sinne) wird der Beauftragte (procurator, sog. »mandatarius«) verpflichtet, das übernommene Geschäft unentgeltlich und zwar mit aller Sorgfalt (s. oben § 87 Beil. I Nr. II 1, b Th. I S. 453) auszuführen und Das, was er durch Vollziehung des Auftrags für den Auftraggeber einnimmt, demselben gehörig abzuliefern; dagegen wird der Auftraggeber (Mandant, Principal) verpflichtet, Das anzuerkennen, was der Beauftragte dem Auftrage gemäß ausführte und ihm alle Auslagen, die er bei der Ausführung des Geschäftes zum Zwecke desselben machte, mit den Zinsen daraus zu ersetzen.

Zur Entstehung dieser Verbindlichkeiten, also zum Dasein des eigentlichen Mandatsvertrags, wird daher erfordert:

I. eine Vereinbarung zwischen den Partieen, vermöge deren die eine die Vollziehung des ihr von der anderen gegebenen Auftrages übernimmt. Auf den Inhalt des Auftrags kommt es nicht an, wenn nur Das, was geschehen soll, nicht unanständig oder sonst an sich verboten ist I. 3, 26 de mand. § 7; D. 17, 1 mand. l. 6 § 3 l. 12 § 11 l. 22 § 6. Es ist daher ein eigentliches Mandat auch dann vorhanden, wenn Jemand operae »illiberales«, z. B. einen Botengang unentgeltlich zu besorgen übernimmt. Nur die unentgeltliche Übernahme der Bewahrung einer beweglichen Sache ist nicht Mandat, sondern depositum. I. l. c. § 13; D. 16, 3 dep. l. 1 § 8, 9.

II. Der Auftrag darf nicht lediglich das Interesse des Beauftragten betreffen. Dieses negative Requisit ist aber noch näher zu bestimmen: 1) Einen Auftrag giebt der Mandant in der Regel bloß in seinem eigenen Interesse; er kann ihn aber auch gültig und verbindlich in seinem und des Mandatars oder eines Dritten Interesse geben, weil in diesem Falle das Auszuführende immer noch seine Angelegenheit ist I. h. t. pr. § 1, 2, 4; D. h. t. l. 2 pr. § 1, 3, 4, 5. Es kann aber auch 2) ein Mandat ganz gültig bloß zum Besten eines Dritten gegeben werden (»mandatum aliena gratia«), indem man aus einem solchen Auftrag dem Mandatar verpflichtet wird, sobald man ausdrücklich oder stillschweigend erklärt, daß das Geschäft auf unsere Gefahr vollzogen werden soll, oder der Beauftragte lediglich durch den Auftrag bewogen das Geschäft vollzog; will ich z. B. dem X. 1000 M. schenken oder ihm ein Anlehen von 1000 M. verschaffen, und ich schreibe meinem Banquier, er möchte dem X. 1000 M. auszahlen oder ihm 1000 M. unverzinslich leihen, und dieser vollzieht den Auftrag: so hat er gegen mich die actio mandati contraria auf Ersatz seiner Auslagen, I. l. c. § 3, 5, 6 a. E.; D. 17, 1 h. t. l. 2 § 2 l. 6 § 4 l. 12 § 14. Wenn aber 3) der Auftrag bloß und allein das Interesse des Beauftragten selbst bezweckt, also bloß »in gratiam procuratoris« gegeben ist: so ist dies nichts Anderes, als ein Rath; durch einen solchen Auftrag will man sich nicht verpflichten, sondern bloß dem Anderen einen guten Rath geben, den der Berathene befolgen mag oder nicht, und wodurch, wenn er ihn befolgt und Schaden leidet, er keine Ersatzklage gegen den Rathgeber erhält (außer in den nachher anzuführenden Fällen D. h. t. l. 2 pr. § 6; 16, 3 depos. l. 1 § 14. Zwar behaupten Manche unter Beziehung auf D. h. t. l. 6 § 5, ein bloßer Rath und deßhalb auch ein mandatum in gratiam procuratoris verpflichte den Rathgeber schon dann, wenn

der Berathene lediglich durch den Rath zur Befolgung desſelben beſtimmt worden ſei, ſollte er ihn auch bloß im eigenen Intereſſe befolgt haben; Andere, namentlich v. Bangerow Pandekten III § 659 Nr. 4, unterſcheiden in dieſer Hinſicht zwiſchen Rath und mandatum in gratiam procuratoris, indem bloß bei dem Letzteren, nicht aber auch bei einem Rath das eben Geſagte gelten ſoll. Allein man kann, was die letztere Anſicht betrifft, zwiſchen einem Rath und einem mandatum in gratiam procuratoris in der That nicht unterſcheiden, weil ein mandatum in gratiam procuratoris ſeinem Inhalte nach doch nichts Anderes, als eben ein Rath iſt und deßhalb auch in vielen Fällen nicht einmal in ſeiner Form ſich vom Rath unterſcheiden wird. Schreibe ich z. B. einem Freunde: „Kaufe Dir doch ſofort für das viele baare Geld, welches Du unbenutzt liegen haſt, Aktien der hieſigen Bank": ſo wird Niemand hier den Rath von einem bloß procuratoris gratia gegebenen Mandat unterſcheiden können. In der That machen auch die Quellen hier keinen Unterſchied. Was aber die l. 6 § 5 h. t. betrifft, welche dem »mandatum tua« (procuratoris) »gratia« und eben damit dem Rathe eine verpflichtende Wirkung dann zuſchreibt, »si non esses facturus, nisi ego mandassem«: ſo kann dieſe Stelle unmöglich ſagen wollen, daß der Rathende durch ein ſolches Mandat dann verpflichtet werde, wenn der Berathene, dadurch auf ſein Intereſſe aufmerkſam gemacht, nun lediglich durch die Aufforderung veranlaßt ihr gemäß handle und in Schaden komme; denn dadurch würde die Stelle mit anderen Stellen, namentlich mit D. h. t. l. 2 pr. § 6; I. h. t. § 6 in Widerſpruch kommen, ganz abgeſehen davon, daß es dann ſehr mißlich ſein würde, einen Freund zu Dem aufzufordern, was nach unſerer Anſicht ſeinen Intereſſen entſpricht. Man wird vielmehr die Stelle von folgendem Falle zu verſtehen haben, wodurch ſie mit den anderen Quellenſtellen völlig in Einklang kommt: Es kann nämlich ſein, daß man Jemanden lediglich in ſeinem Intereſſe auffordert, Etwas zu thun, die Aufforderung aber ſo gefaßt iſt, daß er nicht erkennen kann, ob ſie lediglich in ſeinem Intereſſe oder auch oder allein in unſerem oder in dem eines Dritten geſchah und er deßhalb ſie erfüllt; in einem ſolchen Falle muß man ihm für die nachtheiligen Folgen haften, weil man hier durch die Faſſung der Aufforderung es ſich ſelbſt zuzuſchreiben hat, wenn er ihr eine nicht bloß ſein Intereſſe betreffende Beziehung gab. Vgl. auch D. h. t. l. 16; I. h. t. § 6 a. E. und Geſterding Alte und neue Irrthümer der Rechtsgelehrten, S. 203 ff.

Außerdem verpflichtet ein Rath und ebenſo ein mandatum procuratoris gratia noch dann, a. wenn man dabei für die etwanigen nachtheiligen Folgen einzuſtehen ſich verpflichtete; es findet dann gegen uns die actio mandati contraria auf Erſatz der etwa eingetretenen Nachtheile ſtatt D. h. t. l. 12 § 13 l. 32; 16, 3 depos. l. 1 § 14; oder b. wenn man wiſſentlich einen ſchlechten Rath gab; hier kann man mit der actio doli auf Erſatz belangt werden. D. de reg. iur. l. 47 pr.; 17, 1 h. t. l. 10 § 7 a. E.; 50, 14 de proxen. l. 2 a. E., oder c. wenn man zur Rathsertheilung beſonders verpflichtet war, wie z. B. der Vormund, der dem Mündel in deſſen Angelegenheiten Rath giebt, oder ein Kunſtverſtändiger, der es übernahm, uns ein Gutachten über ein auszuführendes Werk zu ſtellen; in dieſem Falle findet gegen Den, welcher dolo oder culpa einen nachtheiligen Rath giebt, eine Erſatzklage ſtatt, z. B. gegen den Vormund die Vormundſchaftsklage, gegen den Kunſtverſtändigen eine actio mandati directa auf Erſatz wegen des ſchlecht ausgeführten Auftrages; unbegreiflicherweiſe ſtreitet man über den letzteren Fall, vgl. Bangerow Pand. III. S. 509 Nr. 2; es handelt ſich in demſelben lediglich von einem Auftrag, und zwar bald einem bezahlten (Nr. IV), bald einem unentgeltlichen, den der Sachverſtändige übernimmt, weßhalb ihn alſo hier alle Verbindlichkeiten eines Mandatars treffen.

Aus der angeführten Bedeutung und Natur des Mandats ergiebt ſich es als etwas Natürliches, daß der Auftraggeber den gegebenen Auftrag nach Willkür widerrufen kann D. h. t. l. 12 § 16; 15, 4 quod iussu l. 1 § 2; I. h. t. § 9. Nur muß er natürlich Das, was der Beauftragte, ſo lange dieſer den

Widerruf nicht kannte, gethan hat, anerkennen und ihm die bis dahin gemachten Auslagen ersetzen; wenn daher z. B. der procurator zur Einkassirung einer Schuld beauftragt war und den Auftrag vollzog: so wird dadurch der Schuldner liberirt, sollte auch die Zahlung erst nach geschehenem Widerruf des Auftrags erfolgt sein, falls nur dieser Widerruf dem Beauftragten noch nicht zugekommen war oder der Schuldner von der Ermächtigung des Prokurators zur Annahme der Zahlung, aber nicht vom Widerruf des Auftrags in Kenntnis gesetzt war, oder ihm selbst vom Gläubiger der Auftrag gegeben wurde, seine Schuld an den Dritten zu zahlen, und er zwar nach Widerruf des Auftrags, aber ehe dieser Widerruf zu seiner Kenntnis kam, zahlte. D. h. t. l. 15; 46, 3 de solut. l. 12 § 2 l. 34 § 3 l. 51 l. 18 a. E. l. 38 § 1.

III. Der Beauftragte muß die Ausführung des Auftrages unentgeltlich übernehmen, wenn ein eigentlicher Mandatsvertrag vorliegen soll D. h. t. l. 1 § 4; I. h. t. § 13. Natürlich aber bleibt der Vertrag ein eigentliches Mandat, wenn der mandans nach vollzogenem Auftrage dem Beauftragten freiwillig eine Belohnung giebt; diese Belohnung (»honorarium«) ist dann nichts Anderes, als eine donatio remuneratoria, D. h. t. l. 6 pr. — Aus dieser unentgeltlichen Übernahme des Auftrags erklärt sich, daß auch der Beauftragte das Recht hat, den Auftrag beliebig aufzukündigen; nur muß er es »causa integra« thun, d. h. zu einer Zeit, in welcher der mandans selbst oder durch einen Anderen das Geschäft noch besorgen lassen kann; denn sonst wird er ersatzpflichtig, außer er hätte »iustas causas renuntiandi« gehabt, z. B. wenn er durch Krankheit oder eigene dringende Geschäfte an der Vollziehung gehindert war oder vom mandans grob behandelt wurde I. 3, 26 h. t. § 11; D. h. t. l. 22 § 11 l. 23—25 l. 27 § 2.

IV. Wird dagegen für die Vollziehung des Auftrages eine Remuneration versprochen: so geht der Vertrag in ein anderes, in ein entgeltliches Geschäft über, und zwar, wenn der Dienst, der zu leisten ist, in die Kategorie der operae »illiberales« fällt, in einen Miethvertrag (locatio conductio), wenn er dagegen zu den operae »liberales« gehört, in einen unbenannten Dienstvertrag der in § 209 Beil. II Nr. II—IV bemerkten Art. Bei einem solchen bezahlten Auftrage aber, sei er durch eine locatio conductio oder durch einen unbenannten Dienstvertrag übernommen, ist (was in unseren Systemen gewöhnlich nicht gehörig herausgehoben wird) wohl zu beachten, daß auch bei ihm in Beziehung auf Stellvertretung (wenn der bezahlte Prokurator dem Auftrage gemäß mit Dritten Geschäfte schließt) und auf die Verbindlichkeit zur Ausführung des Aufgetragenen und auf die Verbindlichkeit des Principals, den zur Ausführung nöthigen Aufwand zu erstatten und den Ausführenden für seine Auslagen zu entschädigen u. s. w. durchaus die beim eigentlichen Mandate geltenden Grundsätze gelten, D. 14, 1 de exerc. act. l. 1 § 18 l. 5 pr.; C. 4, 35 mand. est. 1, überhaupt, daß bei solchen bezahlten Dienstverträgen Alles gilt, was beim eigentlichen Mandat gilt (also namentlich das von Arndts § 292, 293 Ausgeführte) mit Ausnahme Dessen, was bei dem letzteren aus seiner Unentgeltlichkeit folgt. Eben deßhalb hat auch bei solchen entgeltlichen Dienstverträgen der Principal das Recht, den Auftrag nach Belieben zu widerrufen und zu verlangen, daß der Dienst, den der Andere leisten sollte, nicht vollzogen werde, muß aber natürlich die versprochene Zahlung, so weit sie auf bestimmte Zeit oder für ein bestimmtes Geschäft zugesichert ist, leisten (d. h. er kann vom Vertrage, was seine Verpflichtungen betrifft, nicht willkürlich abgehen, aber den Anderen der Dienste entbinden und jeden Auftrag, den er ihm gab, re integra widerrufen). Dagegen kann der andere Kontrahent, der sich gegen Bezahlung zu den Diensten verpflichtete, den Dienst nicht willkürlich kündigen (wie es ein unbezahlter Mandatar kann), sondern muß die vertragsmäßig festgesetzte Zeit hindurch die Dienste leisten oder wenn er die Besorgung einzelner Geschäfte übernommen hat, diese besorgen. Wohl aber muß bei solchen bezahlten Dienstverträgen jede Partie das ganze Vertragsverhältnis aufzuheben das Recht haben, wenn sie von der anderen Partie durch vertragswidriges Benehmen oder

Verfahren mit solchen Nachtheilen bedroht wird, gegen welche die ordentliche richterliche Hilfe nicht gehörig und ausreichend schützen kann, z. B. der Diener kann den Vertrag aufheben, wenn der Principal ihn mit fortgesetzten Mißhandlungen bedroht, der Principal kann ihn aufheben, wenn der Diener sich Unredlichkeiten im Dienste oder fortgesetzte Unregelmäßigkeiten zu Schulden kommen läßt. Zwar enthalten hierüber unsere römischen Quellen Nichts ausdrücklich (auch unsere Schriftsteller übergehen die Frage). Allein das Gesagte folgt aus der Natur des Verhältnisses und aus der Analogie Dessen, was bei der Sachenmiethe gilt, z. B. C. 4, 65 de loc. est. 3; auch wird es nun im Deutschen Handelsgesetzbuch Art. 62—64 anerkannt.

Beilage II.

Wenn man Jemandem den Auftrag giebt, sich mit einem Dritten in ein Geschäft einzulassen oder ihm wegen einer Schuld Kredit zu geben: so ist dies ein verpflichtendes Mandat (Beil. I Nr. II) gemischt mit einer Intercession, das wir durch mandatum qualificatum oder Kreditauftrag bezeichnen. Da nämlich ein Auftraggeber seinem Beauftragten für alle Auslagen und Schäden haftet, welche dieser durch Ausführung des Auftrags hat: so muß bei einem solchen Kreditauftrag der Auftraggeber, der hier gewöhnlich durch mandator bezeichnet wird, dem Beauftragten, so fern dieser den Auftrag gehörig erfüllte (C. 8, 41 de fideii. est. 7) für die Verbindlichkeiten haften, die der Dritte gegen den Letzteren kontrahirte, oder wenn der Auftrag auf Kreditertheilung ging, für die nachtheiligen Folgen, die für den Mandatar diese Kreditertheilung etwa hat, Arndts § 352 Note a—e. Es gelten daher hier in so fern die Bürgschaftsgrundsätze; aber der Fall fällt keineswegs, wie mit Manchen Arndts § 353 bei und in Anm. 2 glaubt, mit der Bürgschaft ganz zusammen; er ist vielmehr auch bei uns in Manchem von der Bürgschaft wesentlich verschieden (nur folgt dies, wie Arndts Anm. 2 richtig bemerkt, nicht aus den Gründen, welche dort aus Girtanner und Brinz angeführt sind), wie sich aus Folgendem ergiebt:

1) Der Kreditauftrag hat gar nicht wie die Bürgschaft lediglich den Zweck, einem Gläubiger Sicherheit zu verschaffen (vgl. Beil. I Nr. II) und der mandator tritt nicht, wie der Bürge, der Obligation des Hauptschuldners als accessorischer correus debendi bei, vielmehr bilden die Obligation des Mandators und die des Hauptschuldners zwei völlig verschiedene Obligationen, von denen jede auf einem selbständigen Entstehungsgrunde beruht. Jene ist eine Mandatsobligation und steht ganz unter den Grundsätzen des Mandats; diese bestimmt sich in ihrer Natur nach ihrem besonderen Entstehungsgrunde. Zwar wird der mandator von seiner Haftpflicht frei, wenn der Hauptschuldner den Gläubiger vollständig befriedigt, weil dann der Gläubiger keinen Schaden von der Vollziehung des Mandats hat (vgl. auch D. 46, 1 de fideii. l. 71 pr.); ferner wird der mandator frei, wenn der Gläubiger durch eigene Schuld die Exkussion des Hauptschuldners sich unmöglich machte, weil er die Folgen seiner Verschuldung zu tragen hat, D. 46, 3 de solut. l. 95 § 11. Allein

2) wenn der mandator den Gläubiger bezahlt: so wird dadurch der Hauptschuldner nicht liberirt, weil die Tilgung der Mandatsschuld keinen Einfluß auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Beauftragten und dessen Schuldner haben kann; 46, 1 de fideii. l. 13; 17, 1 mand. l. 28. Wenn ich z. B. dem X. schreibe, er möge meinem Freunde Z. Kredit bis zu 1000 M. geben, und Z. entlehnt nun von X. 800 M.: so liegen zwei ganz verschiedene Obligationen vor; Z. schuldet dem X. ex mutuo 800 M.; ich hafte dem X. für den Schaden, den er etwa durch dieses Geschäft erleidet, ex mandato; zahle ich nun dem X. 800 M., um ihn zu decken: so wird dadurch der Z. von seiner Darlehnsschuld nicht frei; diese wollte ich gar nicht bezahlen, sondern ich wollte bloß meine Verbindlichkeit aus dem Mandate erfüllen; nur muß mir dann X., wenn Z. die Schuld an ihn zahlt, das Empfangene abliefern, oder wenn Z. nicht zahlt, mir seine Forderung

aus den Darlehn, die er an den Z. hat, cediren, damit ich für Das, was ich dem X. zahlte, wieder zu meinem Ersatze komme; denn es ist hier auch nach bezahlter Mandatsschuld eine solche Abtretung möglich, eben weil der mandator seine eigene Schuld, nicht die des Z. zahlen wollte und daher durch die Bezahlung der Mandatsschuld die Schuld des Hauptschuldners nicht erlosch, l. 13, 28 cit. und D. mand. l. 27 § 5; de solut. l. 95 § 10.

3) Aus den Mandatsgrundsätzen folgt, daß der mandator auch dann haftet, wenn Derjenige, zu dessen Gunsten er das Mandat gab, gar nicht verpflichtungsfähig war; gebe ich z. B. Jemandem den Auftrag, dem wegen Verschwendung unter Kuratel gesetzten X. ein Anlehn zu geben: so hafte ich für dieses Anlehn, während der X. dadurch gar nicht verpflichtet wird, D. 4, 4 de minorib. l. 13 pr. verb. »facilius« ꝛc.

Von einem solchen Kreditauftrag aber muß man das Geben eines Kreditbriefes wohl unterscheiden. Es ist dies nichts Anderes als eine Anweisung (Assignation) an Jemanden auf Erhebung einer Geldsumme bei einem Dritten, mit einem Zahlungsauftrag an den Dritten, der sie auszahlen soll. Hier kommt der Empfänger der Zahlung mit Dem, der ihm das Geld auszahlt, in gar keine Obligation, sondern es entstehen nur Obligationen a. zwischen dem Auftraggeber und dem Zahlenden, und b. zwischen dem Auftraggeber und dem Empfänger des Geldes. Wenn ich mir z. B. von einem Leipziger Kaufmann einen Kreditbrief an den Banquier X. in Wien auf 1000 fl. geben lasse, und ich erhebe auf den Brief hin von dem X. 800 fl.: so schulde ich dem X. gar Nichts, da ich mit ihm gar nicht kontrahiren, sondern bloß das assignirte Geld bei ihm erheben wollte; sondern ich bin dem Leipziger die 800 fl. ex mutuo schuldig. Denn dieser hat mir sie durch die Hand des X. geliehen; dagegen schuldet der Leipziger dem X. in Wien die 800 fl. ex mandato und kann von diesem mit der actio mandati contraria belangt werden.

Negotiorum gestio.

§ 203.

(Arndts §§ 297—299.)

Im technischen Sinne bezeichnet negotiorum gestio jede unbeauftragte freiwillige Geschäftsbesorgung, also wenn Jemand (negotiorum gestor, Geschäftsführer) Angelegenheiten eines Anderen (des negotiorum dominus, Geschäftsherrn) freiwillig besorgt, ohne von diesem einen Auftrag erhalten zu haben.

Hier entsteht vor Allem die Frage: ob man denn ohne Auftrag in fremde Angelegenheiten sich ohne Weiteres einmischen und fremde Geschäfte besorgen dürfe und ob man gar noch für die dabei gemachten Auslagen vom negotiorum dominus Entschädigung verlangen könne, und in welchen Fällen und aus welchen Gründen eine solche negotiorum gestio gültig und von dem dominus anzuerkennen ist.

Wenn und so weit die negotiorum gestio gültig ist[1], entsteht aus ihr quasi ex contractu ein bindendes Rechtsverhältnis zwischen

[1] Hierüber s. unten die Beil. I.

gestor und dominus dahin, daß der gestor verbunden ist, das Begonnene mit aller Sorgfalt auszuführen, also für jede culpa dabei zu haften, und was er für den dominus einnahm, demselben abzuliefern. Zu diesem Zwecke hat der dominus gegen ihn die actio negotiorum gestorum directa. Dagegen kann der gestor mit der actio negotiorum gestorum contraria vom dominus verlangen, daß er ihm die zur Ausführung der gestio nothwendig gewesenen Auslagen ersetze und die etwa zu diesem Zweck übernommenen Verbindlichkeiten ihm abnehme[2].

Beilage I.

Negotiorum gestio. Unser positives Recht geht von dem richtigen Grundsatze aus, daß man nicht ohne Weiteres verbunden sei, Das, was ein Dritter ohne unseren Auftrag für uns that, anzuerkennen und ihm seine Auslagen zu ersetzen, daß vielmehr eine solche Verpflichtung nur eintrete, wenn das Geschehene Angelegenheiten betreffe, welche ein umsichtiger und sorgsamer Hausvater nicht unbesorgt lassen würde, also Etwas unternommen wurde, das man, so fern es uns möglich war, selbst vorkehren und thun müßte, wenn man als diligens paterfamilias für das Seinige Sorge tragen will. D. 3, 5 de neg. gest. l. 1.; I. 3, 27 de oblig. quasi ex contr. § 1. Hiernach wird

I. in objektiver Beziehung zu einer gültigen negotiorum gestio (d. h. durch welche der negotiorum dominus zur Anerkennung des Geschehenen und zum Ersatze der Auslagen verpflichtet wird) erfordert:

1) Daß die Handlung für den dominus nöthig war (»res necessaria«) entweder a. zur Erhaltung des Seinigen oder b. zur Tilgung wahrer, dem dominus obliegender und bereits verfallener Verbindlichkeiten, oder c. um in anderen Beziehungen Schaden, Unannehmlichkeiten oder eine Störung seiner laufenden Angelegenheiten von ihm abzuwenden, z. B. wenn Jemand die gewöhnlichen laufenden Geschäfte eines Abwesenden besorgt, sein Feld bestellt u. dergl. Das Letztere kann man nützlichen Aufwand nennen; nur darf man dabei nicht vergessen, daß hierher bloß ein solcher nützlicher Aufwand gehört, der die laufenden Geschäfte und Angelegenheiten eines dominus betrifft, so daß das »utile« hier auch eigentlich in die Kategorie des »necessarium« fällt.

2) In diesen Fällen ist aber die gestio nur dann gültig, wenn der Aufwand den Verhältnissen des dominus und Dem, was dieser in seinen Angelegenheiten zu beobachten pflegt, angemessen und das Geschäft nicht seiner Absicht entgegen war, mag der gestor diese Absicht kennen oder nicht. Wenn daher ein Freund mein baufälliges Haus reparirt, das ich einfallen lassen wollte, mein krankes Pferd kurirt, das ich umkommen lassen wollte: so kann er keinen Ersatz verlangen.

Wenn nun diese Requisite vorhanden sind: so sagen die Quellen, es sei »utiliter gestum« oder »utiliter coeptum,« d. h. der gestor kann nun mit der actio »negotiorum gestorum contraria« Anerkennung Dessen, was er für den dominus that, und Ersatz seiner Auslagen verlangen, sollte auch der Erfolg nicht glücklich oder durch einen Zufall vereitelt worden sein. Z. B. wenn in Abwesenheit meines Freundes in seinem Hause Feuer ausbricht und ich schnell Leute zum Löschen und Retten seiner Sache miethe: so muß er mir Ersatz meiner Auslagen geben, wenn auch gleich die Sachen zu Grunde gehen oder das Haus

---

[2] Über all Dieses und über die actio funeraria und die actio de in rem verso utilis s. die Beil. I und II.

abbrennt. Unternimmt dagegen der gestor etwas bloß Nützliches, das nicht in die Kategorie von Nr. 1, 2 fällt: so muß er nicht bloß für jeden Schaden einstehen, sondern der dominus braucht die Handlung gar nicht anzuerkennen und ihm seine Auslagen nicht zu ersetzen. Natürlich aber kann er freiwillig die Handlung des gestor gutheißen, und dann haftet er aus seiner Ratihabition (Nr. III.; auch muß er, wenn er durch eine Handlung des gestor einen reinen pekuniären Gewinn erhielt, so weit dieser reicht, den gestor entschädigen; jedoch braucht er sich einen solchen Gewinn nicht aufdrängen zu lassen und wenn der Gewinn der Art ist, daß der gestor an des dominus Sachen Veränderungen vornahm, die dessen Willen zuwider waren, z. B. aus dem Blumengarten des Abwesenden einen Krautgarten macht: so kann der gestor nicht nur keinen Ersatz ansprechen, sondern muß Alles in den früheren Zustand auf seine Kosten wiederherstellen.

Über alles Dieses s. D. 3, 5 h. t. l. 1, 2 l. 10 § 1 l. 22, 27, 31 § 3, 7, l. 46 pr. l. 6 § 8 l. 9, 11, 41, 43 l. 45 pr. § 2 l. 46 § 1; C. 2, 19 h. t. cst. 2, 3, 10. 16, 18; D. 15, 3 de in rem vers. l. 3 § 1, 4; I. 3, 27 de oblig. q. ex contr. § 1. Meine Abhandlung im civilistischen Archiv Bd. XX S. 337 ff., der nun auch im Wesentlichen beitreten Bangerow Pand. III S. 523, Arndts § 298, Jacobi in den Jahrbüchern für Dogmatik ꝛc. Bd. IV S. 216 f.

3) Wenn aber das Geschäft selbst nach dem Ausgeführten »utiliter coeptum« ist: so giebt es doch einige Fälle, in welchen es ausnahmsweise auf den Erfolg ankommt, d. h. der gestor nur Ersatz verlangen kann, wenn die Handlung den beabsichtigten Erfolg wirklich hatte. Dies ist der Fall, wenn die negotia eines Pupillen gerirt werden, D. 3, 5 h. t. l. 37 pr. l. 6 pr.; C. l. c. cst. 2, oder wenn man ein fremdes Geschäft besorgt, aber in der Absicht, den Vortheil daraus sich anzueignen. D. l. c. l. 6 § 3; meine Erörterungen II S. 100, 101.

4) Gar keinen Anspruch aber gegen den dominus hat ein gestor, selbst wenn er utiliter gerirte, sobald der dominus dem betreffenden gestor ausdrücklich vorher erklärte, daß er das Geschäft nicht durch ihn ausgeführt haben wolle (eine Ausnahme s. unten Nr. IV, b). Wenn sich daher Jemand für mich verbürgt oder meine Schulden bezahlt, nachdem ich ihm es vorher ausdrücklich untersagt hatte: so hat er keine Klage gegen mich auf Ersatz; er kann in einem solchen Fall gegen mich nur klagen, wenn er sich von meinem Gläubiger dessen Klage abtreten ließ D. 17, 1 mand. l. 40; C. 2, 19 de neg. gest. cst. 24.

II. In subjektiver Hinsicht ist zur negotiorum gestio nöthig:

1) Der gestor muß wissen, daß das Geschäft nicht das seinige ist, er muß fremde Geschäfte besorgen wollen (eine Ausnahme s. Nr. IV, a), gleichviel ob er die Person des dominus kannte oder sich in ihr irrte, Arndts § 297 Note d § 298 Note h und über die in Anm. 2 angeführte l. 49 s. oben § 143 Beil. II Lit. B II, b. Er darf

2) nicht animo donandi geriren; denn sonst hat er keinen Ersatzanspruch gegen den dominus, wohl aber dieser z. B. wegen culpa gegen ihn. D. 3, 5 h. t. l. 4 l. 27 § 1; C. 2, 19 h. t. cst. 11, 15.

III. Ist das Geschäft der Art, daß es eine den dominus verpflichtende gestio nicht begründet, aber der dominus genehmigt es nachher freiwillig: so wird er in Beziehung auf Das, was er genehmigte, verpflichtet, als ob er Auftrag dazu gegeben hätte (D. 3, 5 h. t. l. 6 § 9, 10), und kann daher mit der actio mandati vom gestor auf Ersatz belangt werden, der gestor aber haftet ihm wegen culpa und Herausgabe des Eingehobenen ꝛc. nach den Grundsätzen der negotiorum gestio mit der actio negotiorum gestorum directa C. 3, 32 de rei vind. cst. 3. So sind die l. 9 D. h. t. und die l. 60 de reg. iur. (Arndts § 298 Anm. 4) zu vereinigen. C. Th. Welcker Diss. interpretationem exhib. leg. 9 de neg. gest. ꝛc. 1813, Bangerow Pand. III S. 524 Nr. III. Vgl. auch Beil. II Nr. III b.

IV. Besorgt Jemand die Beerdigung eines Dritten, welche zu besorgen er nicht verpflichtet war, so ist dies in der Regel eine negotiorum gestio für Den, welcher die Kosten des Begräbnisses zu bestreiten gehabt hätte. Das prätorische Edikt giebt ihm aber hier im öffentlichen Interesse eine besondere

Klage auf Ersatz seiner Auslagen gegen den zur Beerdigung Verpflichteten (actio funeraria), die sich durch folgende Eigenthümlichkeiten vor der actio negotiorum gestorum contraria auszeichnet: a. er kann sie anstellen, auch wenn er propria negotia zu besorgen glaubte, also eine wahre negotiorum gestio keineswegs vorliegt, z. B. wenn er sich irrig für den Erben des Verstorbenen hielt. D. 11, 7 de relig. l. 14 § 11 l. 32 pr. l. 12 § 3. — b. Die Klage findet auch dann statt, wenn der zur Besorgung Verpflichtete die Besorgung dem Kläger untersagt hatte, sobald nur der Richter findet, daß der Kläger Grund hatte, sich an das Verbot nicht zu kehren l. 14 § 13 eod. — c. Als eine dritte Eigenthümlichkeit behauptet man noch gewöhnlich, daß die Klage eine bloß subsidiäre sei, wegen l. 14 § 12 eod.; allein die Richtigkeit dieser Behauptung ist mehr als zweifelhaft; vgl. auch l. 32 eod., s. G. Dietzel De actione funeraria Lips. 1853 p. 5—23.

Beilage II.

Wenn ein negotiorum gestor für uns mit einem Dritten ein Geschäft abschließt: so kommen wir mit dem Dritten in der Regel nicht in ein unmittelbares Rechtsverhältnis. Denn der gestor, d. h. der unbeauftragte Geschäftsführer kann nicht als unser Stellvertreter gelten, da er weder durch unseren Willen noch durch das Gesetz zu unserem Stellvertreter bestellt ist. Bei solchen Geschäften gilt daher Folgendes:

I. Der gestor wird gegen den Dritten zunächst allein berechtigt und verpflichtet, der dominus bekommt keine Klage gegen den Dritten, der Dritte keine gegen den dominus, Beide haben sich bloß an den gestor zu halten; der dominus kann den gestor mit der actio negotiorum gestorum directa auf Herausgabe des für ihn Eingenommenen und Abtretung seiner Klage gegen den Dritten, der gestor den dominus mit der actio negotiorum gestorum contraria auf Ersatz seiner Auslagen und Befreiung von seinen übernommenen Verbindlichkeiten belangen. D. 3, 5 h. t. l. 21 § 3; C. 2, 19 h. t. cst. 3, 18.

II. Zu Veräußerungen der Sachen eines dominus ist ein bloßer negotiorum gestor an sich nicht befugt; der dominus kann daher seine Sachen von jedem Besitzer vindiciren, wenn ein gestor sie veräußerte, C. 3, 32 de rei vind. cst. 3; nur wird er solche Veräußerungen anerkennen müssen, welche unter die in Beil. I angeführte Kategorie einer res necessaria fallen, wie z. B. wenn der gestor die laufenden Geschäfte des dominus besorgte und Sachen, die durch Aufbewahrung verderben würden, veräußerte.

III. Die Grundsätze unter Nr. I und II erleiden in folgenden Fällen Modifikationen: a. der Dritte, mit dem ein gestor in Angelegenheiten des dominus kontrahirte, kann in gewissen Fällen unmittelbar gegen den dominus, aber nur sehr beschränkt mit einer actio de in rem verso utilis klagen. Es ergiebt sich nämlich aus unseren Quellen der allgemeine Grundsatz: Wenn ein gestor im Interesse eines Anderen mit einem Dritten ein Geschäft schließt: so kann dieser Dritte gegen Den, in dessen Interesse das Geschäft geschlossen wurde (den dominus), mag er gewußt haben, daß es in dessen Interesse eingegangen wurde oder nicht, mit einer actio »de in rem verso utilis« auf den Werth Dessen, was er seinem Kontrahenten (dem gestor) leistete, in so weit klagen, als es wirklich zum Besten des Anderen (des dominus) verwendet wurde. Dies sagt ganz entschieden C. 4, 26 quod cum eo, cst. 7 § 1; vgl. mit C. 2, 13 de proc. cst. 19 und D. 15, 3 de in rem vers. l. 20, 21. S. besonders Kämmerer in der Gießener Zeitschrift Bd. VIII S. 352 und (namentlich gegen Savigny Obligationsrecht II S. 82, welcher die Berechtigung zu dieser Klage in Abrede zieht) Ruhstrat „Über Savigny's Lehre von der Stellvertretung" 1854 S. 15—19. Diese Klage hat aber jener Dritte dann nicht, wenn der dominus, zu dessen Besten das vom Dritten Geleistete verwendet wurde, Dem, der die Verwendung unmittelbar vornahm (dem gestor), Ersatz für die Verbindlichkeiten, die er gegen den Dritten kontrahirte, bereits gegeben, oder der gestor gegenüber

dem dominus animo donandi gehandelt oder aus anderen Gründen keine Regreßklage gegen den dominus wegen des in seinem Interesse kontrahirten hat; denn der Dritte hat nur in so weit eine actio de in rem verso gegen den dominus, als dieser wegen des Geschäfts dem gestor noch zum Ersatz verpflichtet ist und das vom Dritten Geleistete zu seinem Besten verwendet wurde. D. 15, 3 de in rem verso l. 7 § 5 a. E.; l. 10 § 2 a. E. § 6—8. — b. Wenn der dominus das vom gestor eingegangene Geschäft hinterher gutheißt: so wirkt diese Ratihabition gegen den dominus so, als ob er Auftrag zum Geschäft gegeben hätte. Es kann daher der Dritte, mit dem der gestor kontrahirte, nun gegen den dominus die vom gestor versprochene Gegenleistung mit der Klage aus dem mit dem gestor geschlossenen Geschäft einklagen C. 4, 26 quod cum eo est. 7 § 1; 2, 19 h. t. est. 19; D. 21, 2 de evict. l. 66 § 3. Dagegen kann der ratihabirende dominus nicht gegen den Dritten auf Das klagen, was dieser dem gestor zugesagt hatte; denn er kann durch seine einseitige Ratihabition sich zwar wohl verpflichten, aber nicht ein Klagrecht gegen den Dritten erwerben, C. 3, 32 de rei vind. est. 3; s. auch Beil. I Nr. III. Das aber, was der gestor wirklich faktisch für ihn begründete (oben § 83 Beil. I Nr. VI, Th. I S. 418), geht nun natürlich auf ihn über, z. B. wenn der gestor eine Sache vom Eigenthümer für den dominus kaufte und sich übergeben ließ: so erwirbt der dominus, sobald er das Geschehene ratihabirt, den Besitz und das Eigenthum der Sache D. 41, 2 de possess. l, 42 § 1; 3, 5 h. t. l. 24 (in dieser l. 24 wird durch »procurator« nicht ein Beauftragter, sondern ein negotiorum gestor bezeichnet, eine Bedeutung, in der es häufig vorkommt).

B. Verträge auf Leistung und Gegenleistung oder entgeltliche (onerose) Verträge*.

Entgeltliche Veräußerungsverträge.

Der Kaufvertrag.

Begriff und Erfordernisse des Kaufs.

§ 204.

(Arndts §§ 300. 301.)

Ein Vertrag, durch welchen die eine Partie sich zur Veräußerung eines Vermögensgegenstandes und die andere Partie sich zur Bezahlung eines Äquivalents in Geld dafür verpflichtet, ist ein Kauf (emtio venditio). Gegenstand des Kaufs ist daher nicht bloß eine Sache, d. h. ein körperliches Ding, sondern jeder auf einen Andern übertragbare Vermögensgegenstand, also namentlich auch eine Forderung, die Bestellung einer Servitut (eines Emphyteut-, Superficiarrechts) [1].

---

* Vgl. oben § 185 Beil. Nr. II A.

[1] S. unten Beil. I Nr. I 1. — Über den Begriff des Kaufs vgl. auch unten Beil. I Nr. I 2 a. E. und II 2 gegen das Ende. Über seinen Unterschied vom Tausch

Einen Veräußerungsvertrag, alſo auch einen Kauf, kann man auch über Sachen ſchließen, die noch nicht exiſtiren[2]. Hierin liegt aber in manchen Fällen ein aleatoriſches Moment[3]. Es kann nämlich in einem ſolchen Fall

a. ſein, daß der Käufer das Riſiko des ganzen Erfolgs auf ſich nimmt; dies iſt der Fall, wenn die Anſicht der Partieen dahin geht, daß der Käufer den verabredeten Preis zahlen ſoll, wenn auch die erwartete Sache nicht zur Exiſtenz kommen würde, z. B. wenn ich im März dem N. für die ganze Ernte, die er in dieſem Jahr von ſeinem Gute machen werde, 10,000 M. (alſo eine Averſionalſumme) verſpreche. Hier muß ich die ganze Summe zahlen, wenn er auch eine ganz ſchlechte Ernte macht oder gar Nichts erntet; er kann aber auch nicht mehr verlangen, ſollte auch die Ernte noch ſo reich ſein. Eben ſo iſt es, wenn ich einem Fiſcher für den nächſten Zug mit ſeinem Netze eine Summe verſpreche[4].

In ſolchen Fällen bezeichnet man den Kauf durch Hoffnungskauf (emtio spei).

b. Es kann ſich aber auch das Riſiko bloß auf die Qualität des Gekauften beſchränken; dies iſt der Fall, wenn ein Preis nach einer Quantität der gehofften Dinge beſtimmt wird, alſo wirklich wenigſtens Etwas zur Exiſtenz kommen muß, wenn der Vertrag Wirkſamkeit haben ſoll, es aber gleichgültig iſt, in welcher Qualität es zur Exiſtenz kommt, z. B. wenn ich dem Eigenthümer eines Weinbergs den Wein, den er in dieſem Jahre ernten werde, ſo abkaufe, daß ich ihm pro Hektoliter 100 M. zahlen ſoll. Hier fällt der Vertrag zuſammen, wenn gar kein Wein geerntet wird, weil ich nur nach einzelnen Hektolitern zahlen ſoll (aber keine zur Exiſtenz kamen). Wenn aber Wein

---

ſ. Arndts § 308; vom Tauſch unterſcheidet er ſich durch die Art der Gegenleiſtung; beſteht nämlich die Gegenleiſtung in Geld, ſo iſt der Vertrag ein Kauf, der ſchon nach römiſchem Civilrecht durch bloßen Konſens klagbar war (ſ. oben § 284 Lit. C und unten Beil. I Nr. I 2 u. II). Beſteht ſie nicht in Geld, ſondern in anderen Dingen, ſo iſt der Vertrag ein Tauſch (§ 208). Beſteht die Gegenleiſtung zwar in Geld, aber auch außerdem in anderen Dingen, ſo iſt der Vertrag doch Kauf, wenn die Geldleiſtung das Hauptſächliche iſt (Arndts § 300 Note d). — Über Arndts § 300 Abſ. 2, der ſehr ungenau iſt, ſ. unten § 205 und oben § 185, auch § 186 Beil. Nr. II und oben § 43 Anm. 14, oben § 60 Beil. I (Th. I S. 204. 274).

[2] Arndts § 300 Note n.

[3] Vgl. unten § 213 Beil. im Anf. Doch nicht immer, z. B. wenn ich künftigen Wein kaufe zu dem Durchſchnittspreis, den er bei der Ernte haben wird ꝛc.

[4] Arndts § 300 Note q.

geerntet wird, ſo muß ich den Preis bezahlen, ſollte auch der Wein noch ſo ſchlecht ſein.

In ſolchen Fällen bezeichnet man den Kauf durch Kauf einer gehofften Sache (emtio rei speratae) [5].

Beilage I.

Die Erforderniſſe des Kaufvertrags gehen dahin:

I. Der Vertrag muß gerichtet ſein auf Veräußerung (ſ. oben § 69 Beil. II, Th. I S. 332) eines Vermögensgegenſtandes (der ſog. Waare. Hiernach iſt

1) möglicher Gegenſtand des Kaufes Alles, was veräußert werden kann, alſo nicht bloß Sachen, ſondern auch andere dingliche Rechte (z. B. Beſtellung einer Servitut, ein Zehntrecht, ein Emphyteutrecht, Superficiarrecht, ferner Forderungen, die man an Dritte hat (D. 18, 4 de hered. vend. I. 17., aber nicht der bloße Gebrauch einer Sache; denn dies iſt keine Veräußerung. Auch Geld kann verkauft werden, ſobald es nur als Waare verſprochen wird, z. B. wenn Jemand Goldſtücke nach ihrem Kurswerth kauft, ebenſo auch Papiergeld.

2) Der Verkäufer iſt verpflichtet, auf den Käufer den Gegenſtand zu übertragen (alſo die verkaufte Sache zu tradiren) und ihn ihm ſo zu überlaſſen, daß er ihn behalten kann; er muß ihm alſo das »habere licere« garantiren, ſo daß ihm nicht ein beſſer Berechtigter den Gegenſtand ganz oder theilweiſe entziehen kann. D. 19, 1 de A. E. V. l. 11 § 2. Wird daher die Sache (ein körperliches Ding) verkauft: ſo geht, wenn der Verkäufer Eigenthümer iſt, durch Tradition das Eigenthum auf den Käufer über, aber erſt, wenn Dieſer den Preis bezahlt oder ſonſt dafür den Verkäufer befriedigt hat oder er von ihm Kredit erhielt l. 11 § 2 cit.; I. 2, 1 de R. D. § 41; D. 18, 1 h. t. l. 19, 53. Iſt der Verkäufer nicht Eigenthümer: ſo wird es natürlich der Käufer auch nicht (ſ. oben § 68 Lit. D. Thl. I S. 316 und Arndts § 145); der Käufer kann aber Erſatz des Intereſſes verlangen, jedoch (falls der Verkäufer nicht wiſſentlich eine fremde Sache verkaufte D. de act. emt. vend. l. 11 § 2 l. 30 § 1) erſt dann, wenn ihm vom Eigenthümer die Sache wirklich evincirt (ſ. unten § 205) wird l. 11 § 2 cit. u. D. 18, 1 h. t. l. 25 § 1; 19, 4 de rer. perm. l. 1 pr.; C. 8, 45 d. evict. est. 3. Wenn aber der Vertrag ausdrücklich auf Übertragung des Eigenthums (auf ein »dare«, nicht auf ein bloßes »tradere« ſ. oben § 167 geſchloſſen wurde: ſo war es nach römiſchem Recht kein Kauf, ſondern ein unklagbares pactum, das erſt durch die Leiſtung in einen klagbaren Innominatkontrakt überging; die angeführten Stellen und D. 12, 4 d. condict. caus. dat. l. 16. Meine »Doctrina de condictione causa data etc.« p. 62 sq. beſonders Note 73. Nach deutſchem Recht aber iſt ein ſolcher Vertrag ſchon durch bloßen Konſens klagbar, wie in der Regel jeder Vertrag (ſ. oben § 184) und deßhalb lediglich als ein Fall des Kaufes zu behandeln, nur mit der Beſonderheit, daß, weil hier der Geber dem Empfänger das Eigenthum garantirte, dieſer, wenn es ſich zeigt, daß die Sache dem Geber nicht gehörte, ſofort auf Erſatz klagen kann, auch ehe ſie ihm wirklich evincirt wird.

---

[5] Vgl. Arndts § 300 Note q und Anm. 6. Vangerow Pand. § 632 Anm. 1 Nr. 1. Über den Abſchluß eines Kaufs ſ. Arndts § 301; über den Kauf in Form einer Verſteigerung ſ. unten Beil. III, und über das Vorkaufsrecht (ius protimeseos) ſ. Beil. II. — Über die Nebenberedungen beim Kauf (addictio in diem; pactum commissorium, reservati dominii und de retroemendo) ſ. Arndts § 306. — Was Arndts in § 307 über die Aufhebung des Kaufs ſagt, iſt nicht dem Kauf eigenthümlich, ſondern nur Anwendung allgemeiner Grundſätze auf den Kauf. Namentlich gilt auch beim Kauf über den Einfluß des Betrugs und Zwangs ganz das oben in § 187 Ausgeführte.

II. Für den Gegenstand muß ein Preis in Geld (»pretium«) versprochen werden. Wird eine andere Sache versprochen: so ist der Vertrag, wenn sie nicht bloß eine Nebenleistung beim Gelde bildet, kein Kauf, sondern ein Tausch, Arndts § 300 Note c. d. Dieses pretium muß sein:

1) Verum, d. h. ein ernstlich gemeintes Äquivalent für den verkauften Gegenstand. Ein solches Äquivalent ist aber der Preis auch dann, wenn er unter dem wahren Werth des Gegenstandes gestellt ist, sollte es auch aus besonderer Rücksicht auf den Käufer geschehen sein (sog. Freundeskauf), sobald die Partieen davon ausgehen, daß der Preis immer noch ein wirkliches Äquivalent für den Gegenstand bilde, und ebenso ist es, wenn der vereinbarte Preis weit über dem Werthe der Sache steht; es entscheidet hier ganz die Auffassung der Partieen das Maß, das sie für ein entsprechendes und billiges oder den Verhältnissen angemessenes Äquivalent hielten; s. auch arg. D. 24, 1 de don. int. vir. l. 31 § 3 l. 7 § 6. Würde aber eine wirkliche Schenkungsabsicht der Preisbestimmung unterliegen und in diesem Sinne von den Partieen kontrahirt: dann ist das Geschäft ein gemischtes, ein Verkauf verbunden mit einer Schenkung, so weit der Preis unter oder über dem Maße ist, das die Partieen für das an sich entsprechende Äquivalent hielten; es ist daher in diesem Falle das Geschäft, wenn es zwischen Ehegatten geschlossen wird, nichtig, aber nicht, wie Bangerow Pandekten III S. 445 anzunehmen und die l. 38 de C. E. zu sagen scheint, das ganze Geschäft, sondern nur theilweise, so weit ihm eine Schenkungsabsicht zu Grunde lag. D. l. c. l. 5 § 5 l. 31 § 3; Savigny, Syst. V. S. 100 ff. Natürlich aber, wenn der Preis bloß zum Scheine bestimmt wurde, also die Absicht der Partieen dahin ging, daß er gar nicht gefordert werden soll: so ist der Vertrag kein Kauf, sondern eine unter dem Scheine eines Kaufes verdeckte Schenkung und also ganz nach Schenkungsgrundsätzen zu beurtheilen (somit zwischen Ehegatten ganz nichtig) D. l. c. l. 32 § 25; 41, 6 pro don. l. 6; 18, 1 de C. E. l. 36, 38; C. 4, 38 e. t. cst. 3, 9. Läßt nach geschlossenem Kaufe der Verkäufer dem Käufer den Kaufpreis ganz oder theilweise nach, so sind zwei von einander unabhängige Verträge geschlossen worden, ein Kauf und eine Schenkung.

2) Certum, d. h. die Partieen müssen über die Bestimmung des Preises einig geworden sein I, 3, 23 de emt. § 1. Dies kann aber auch in gültiger Weise so geschehen, daß die Höhe des Preises durch einen erst zu ermittelnden Umstand bestimmt werden soll, z. B. wenn auf den Marktpreis kontrahirt wurde, den zur Zeit die Sache an einem gewissen Orte habe, oder auf den Preis, der von einem Dritten um eine gleiche Sache bezahlt worden sei, D. 18, 1 h. t. l. 7 § 1, 2. Die Bestimmung des Preises kann auch in das Ermessen eines Dritten gestellt werden. Freilich wenn dann die Partieen über die Wahl des Dritten nicht einig werden: so zerschlägt sich das Geschäft; werden sie aber einig: so ist der Vertrag nach einer Bestimmung Justinians (die Frage war früher sehr bestritten; vgl. auch Gaius Inst. III 140) als ein unter der Suspensivbedingung, daß der Dritte den Preis bestimmen werde, geschlossener Kauf zu behandeln. Wenn daher der Dritte den Auftrag nicht annimmt oder ihn zu vollziehen verhindert wird: so fällt das Geschäft zusammen, C. 4, 38 h. t. cst. 15; I. l. c. § 1. Auch wird man wohl annehmen müssen, daß, wenn er den Preis so unverhältnismäßig hoch oder nieder bestimmen würde, daß er ein Äquivalent für den Gegenstand nicht mehr genannt werden könnte, dies einer Verweigerung der Preisbestimmung gleichstehe, also der Vertrag sich zerschlägt. Die Bestimmung des Preises kann auch in das Ermessen einer der Partieen gültig gestellt werden. Namentlich kommt es äußerst häufig vor, daß man bei einem Wirthe Etwas auf Rechnung verzehrt, bei einem Handwerker Etwas bestellt, indem man ihm die Festsetzung des Preises stillschweigend überläßt. In solchen Fällen und ebenso, wenn die Preisbestimmung ausdrücklich in das Ermessen einer Partie gestellt wird, hat die Partie den Preis nach den Grundsätzen eines redlichen, das Vertrauen nicht mißbrauchenden Mannes (»arbitrium boni viri«, sog. „billiges Ermessen") zu bestimmen; verstößt sie dagegen in grober Weise: so kann die

andere Partie auf Hebung der »manifesta iniquitas« klagen. D. de R. I. l. 22 § 1; 17, 2 pro soc. l. 6 l. 76—80; 19, 2 loc. l. 24 pr. Thon in der Gießener Zeitschrift Bd. X S. 207—218. Nach römischem Rechte war in solchen Fällen der Vertrag kein Kauf, d. h. kein Konsensualkontrakt, sondern an sich unklagbar, ging aber durch Leistung des einen Theiles in einen Innominatkontrakt über; arg. D. 19, 5 de praescript. verb. l. 22; I. 3, 24 de locat. § 2; Thon a. a. O. S. 207. Bei uns dagegen ist er, da die Eigenthümlichkeiten der römischen Innominatkontrakte bei uns weggefallen sind, lediglich als Kauf zu behandeln. — Unrichtig ist es, wenn Manche sagen, das pretium müsse auch ein iustum, d. h. dem Werthe der Sache angemessen sein; denn man kann ganz gültig zu theuer oder zu wohlfeil kaufen, D. 18, 1 h. t. l. 38; 19, 2 loc. l. 22 § 3; 4, 4 de min. l. 16 § 4; C. 4, 38 h. t. cst. 8; nur kann nach Umständen das Rechtsmittel wegen laesio enormis begründet sein, wobei aber der Vertrag nicht ungültig, sondern bloß anfechtbar ist. Auch bestimmt die R. P. O. v. J. 1577 tit. 19 § 3, daß man Früchte auf dem Halme und Wein am Stocke nur verkaufen dürfe um den Marktpreis, den sie zur Zeit des Verkaufs oder 14 Tage nach der Ernte haben; vgl. auch noch unten § 209, Beil. II Nr. VI, 3.

Beilage II.

Pactum protimiseos, Vorkaufsrecht. Dieser Vertrag kann als selbständiger Vertrag vorkommen, wenn man sich von Jemand zusagen läßt, daß, wenn er seine Sache verkaufen wolle und man ihm dasselbe biete, was ihm von einem Anderen geboten werde, er uns den Vorrang einräumen und sie uns vor dem Anderen verkaufen werde. Häufig aber kommt er auch als Nebenvertrag bei einem Kaufe vor, wenn der Verkäufer für den Fall, daß der Käufer die Sache wieder veräußern sollte, sich ein Vorkaufsrecht vorbehält D. 18, 1 h. t. l. 75; 19, 1. d. A. E. V. l. 21 § 5; 45, l. d. V. O. l. 122 § 3. Natürlich bekommt man dadurch nur ein Recht, nicht eine Pflicht, d. h. man kann, wenn man will, vorkommenden Falls das Vorkaufsrecht üben. Nur ist dabei wohl zu beachten, daß uns ein solches pactum protimiseos bloß ein persönliches Recht giebt, das man bloß gegen den Kontrahenten und seine Erben geltend machen kann; leges citt. Verkauft daher der Kontrahent die Sache ohne Weiteres an einen Dritten und übergiebt sie ihm: so kann man gegen den Dritten nicht klagen, sondern bloß den Kontrahenten und dessen Erben und zwar wenn er die Sache nicht mehr hat, bloß auf Ersatz belangen. Vgl. auch oben § 110 Beil. Nr. V (Thl. I S. 560). Anders ist es beim deutschen „Retrakts-" oder „Näher"-Rechte; über dieses s. Germanicum.

Beilage III.

Häufig kommt beim Verkauf eine Versteigerung der Sache (auctio, licitatio, subhastatio) vor. Allein sie ist nicht etwas auf den Kaufvertrag Beschränktes. Die Versteigerung ist nämlich nichts Anderes, als eine besondere Weise der Einleitung und Abschließung eines entgeltlichen Vertrags; sie besteht darin, daß man die Eingehung des Vertrags gleichsam der Konkurrenz Mehrerer aussetzt, also gegen Denjenigen sich zur Eingehung des Vertrages bereit erklärt, welcher die vortheilhafteste Gegenleistung anbieten würde. Dieser Letztere kann je nach der Verschiedenheit des Falles der Meistbietende sein, z. B. bei einem Verkauf oder bei der Vermiethung einer Sache; es kann aber auch der Wenigstfordernde sein, z. B. wenn die Übertragung einer Arbeit, einer Lieferung an Denjenigen versteigert wird, welcher sie um den billigsten Preis zu übernehmen bereit ist. — Sehr bestritten ist hier, in welchem Sinne die Proposition einer Versteigerung und die Anerbietungen der Steigernden aufzufassen seien. Manche, wie Puchta, Lehrbuch u. Vorles. § 252, glaubten, durch jedes einzelne Gebot werde der Vertrag wirklich abgeschlossen, aber unter der stillschweigenden Bedingung, falls nicht ein höheres Gebot erfolge; Andere, z. B.

Glück, Komm. XVI S. 269 meinen, jeder Steigerer sei durch sein Gebot dem Versteigernden gebunden, also auch die ersten Steigerer, wenn sie von anderen überboten werden, so daß der Versteigernde die Wahl habe, wem er den Gegenstand zuschlagen wolle. Allein weder Dieses noch Jenes ist der Sinn der Partieen bei einer Versteigerung; namentlich kann man hier nicht, wie Glück u. A. wollen, die Grundsätze der in diem addictio (z. B. D. 18, 2 de in diem addict. l. 14 § 1, 2) anwenden. Denn bei der Letzteren wird ein Vertrag mit dem Anbietenden wirklich abgeschlossen, jedoch unter einer Bedingung und zwar bald unter einer Suspensiv-, bald unter einer Resolutivbedingung, nämlich daß der Kauf nur dann gelten soll, wenn nicht binnen einer bestimmten Frist ein Anderer günstigere Offerte machen werde (Suspensivbedingung), oder daß der Vertrag unbedingt geschlossen sein, sich aber wieder auflösen soll, wenn binnen einer gewissen Frist ein Anderer vortheilhaftere Anerbietungen machen und diese der Verkäufer annehmen werde (Resolutivbedingung) D. l. c. l. 1, l. 2 pr.; es liegt also hier ein bereits abgeschlossener Vertrag vor, bei welchem, wenn nun wirklich in der bestimmten Frist ein besseres Gebot erfolgt und der erste Käufer nicht ebenso viel bieten will, es, falls nicht das Gegentheil verabredet wurde, in der Willkür des Verkäufers steht, ob er das Gebot annehmen, also den geschlossenen Vertrag zusammenfallen lassen, oder ob er an ihm festhalten und das bessere Gebot ausschlagen will (falls nicht ausdrücklich dem Käufer das Recht eingeräumt wurde, vom Vertrag abzugehen, sobald ein Anderer mehr biete) D. l. c. l. 7—9. Bei einer bloßen Versteigerung aber schließt der Versteigernde mit dem Steigerer, der zunächst bietet, noch nicht dadurch einen Vertrag ab, sondern läßt es erst darauf ankommen, ob nicht noch andere Gebote gemacht werden, und der Sinn der Partieen ist hier dahin aufzufassen (womit auch das entschiedene Gewohnheitsrecht bei uns übereinstimmt), daß jeder Steigerer durch sein Anbieten sich bindet, aber nur für den Fall, daß nicht ein Anderer von den zur Steigerung Zugelassenen ein höheres Gebot macht, daß er also durch ein solches höheres Gebot von seinem Anbieten sofort wieder entbunden wird, dem Versteigerer aber dabei freisteht, ob er Demjenigen, der das höchste Gebot machte, den Gegenstand zuschlagen will, er also zurücktreten kann, wenn ihm kein annehmbares Gebot gemacht wird. Es ist daher der Steigerer, der ein Gebot gemacht hat, oder wenn ein Anderer ihn überbietet, dieser Letztere so lange gebunden, bis der Versteigernde entscheidet; nur muß dieser seine Entscheidung in der Verhandlung, welche zur Versteigerung festgesetzt ist, oder wenn er sich dazu eine Frist vorbehielt, vor Ablauf derselben geben; vgl. auch Sintenis Civilrecht II S. 254 ff. A. E. Seuffert Diss. de auctione (1854). Natürlich aber kann alles Dieses durch besondere Verabredung modificirt werden; namentlich steht es dem Versteigerer frei, die Modalitäten festzusetzen, unter denen er versteigern wolle (wer sich dann auf die Versteigerung einläßt, stimmt dadurch denselben bei), z. B. daß er unter den verschiedenen Geboten sich die Wahl vorbehalte, wo dann jeder Steigerer bis zur getroffenen Wahl gebunden ist, oder daß nur gewisse Personen, z. B. nur Solche, die ihre Solvenz nachweisen können, steigern dürfen. Im Übrigen gelten auch bei einer Versteigerung durchaus die Grundsätze des Vertrages, dessen Abschluß sie bezweckt, also bei einem Verkauf durch Versteigerung durchaus die Kaufsgrundsätze, namentlich auch über das Haften für Fehler der Sache, über laesio enormis, über Tragen der Gefahr u. dergl. — Ob Jemand seine Sache versteigern will, hängt natürlich von ihm ab. Nothwendig ist eine Versteigerung und zwar eine öffentliche nach gemeinem Recht nur bei Verkauf oder Verpachtung von Liegenschaften einer Gemeinde, Kirche oder milden Stiftung, ferner bei dem gerichtlichen Verkauf eines Pfandes und überhaupt im Wege der Exekution. S. die Stellen bei Arndts § 231 Anm. 4 Lit. a—d.

Die Wirkungen des Kaufs. Haftung für Entwährung.

§ 205.

(Arndts §§ 302. 303.)

A. Die Wirkungen des Kaufs überhaupt[1]. — Wenn nichts Anderes verabredet wurde, so können beim Kauf beide Partieen sofort Erfüllung verlangen[2]. Der Käufer aber muß, wenn er auch nicht im Verzug ist, in der Regel den Kaufpreis von dem Tage an verzinsen, an welchem ihm der gekaufte Gegenstand übergeben wurde[3]. Im Verzuge aber ist eine der Partieen nicht schon dann, wenn ihr der andere Theil geleistet hat, sondern erst

a. wenn sie den etwa verabredeten Zahlungstag verstreichen ließ, oder

b. wenn sie vom andern Theil fruchtlos gemahnt wird und dieser entweder schon geleistet oder sich zur sofortigen Leistung bereit erklärt hatte oder verabredet war, daß er erst später zu leisten habe[4].

B. Haftung für Entwährung wegen rechtlicher Mängel (evictionis obligatio). Bei entgeltlichen Veräußerungsverträgen hat der Veräußerer die Pflicht, für Fehler, welche in den Rechtsverhältnissen liegen[5] und für die deßhalb geschehene Eviktion zu haften.

Wenn nämlich Jemand einen Gegenstand[6] veräußert, so kann es sein, daß dieser Gegenstand ihm gar nicht, oder nur theilweise gehörte, oder daß sein Recht daran ein beschränktes, mangelhaftes war (z. B. Dritte ein Pfandrecht, einen Nießbrauch an der veräußerten

---

[1] Darüber s. Arndts § 302. Über die Ordnung in der Erfüllung s. oben § 189 Nr. 2. — Über den Übergang des Eigenthums einer gekauften Sache auf den Käufer s. oben § 131 Lit. A und § 204 Beil. I Nr. 2. Über das periculum und commodum rei venditae s. oben § 195 Lit. G Nr. II 2 und § 78 Beil. IV (Th. I S. 396).

[2] S. oben § 189. [3] S. oben § 174 Beil. I Nr. VI.

[4] Dies ergiebt sich aus dem oben § 189 und § 192 Ausgeführten.

[5] Bei einer Sache (einem körperlichen Ding) kann man einen sog. rechtlichen Fehler in der Regel nicht zu den Fehlern zählen, welche den Werth der Sache mindern; daß z. B. der auctor nicht Eigenthümer ist, hat an sich auf den Werth der Sache keinen Einfluß; aber es ist für ihn ein Fehler in den Rechtsverhältnissen. Arndts § 303 und 305) entwickelt die Eviktion hier beim Kauf; allein sie gilt, wie Arndts (§ 303 Anm. 1) selbst zugiebt, auch bei anderen entgeltlichen Veräußerungsverträgen, z. B. beim Tausch, bei der datio in solutum ꝛc. — Die Litteratur s. bei Arndts § 303 Anm. 1.

[6] Nicht gerade eine Sache (körperliches Ding).

Sache haben), daß er alſo auf den Erwerber das Zugeſagte gar nicht oder nur theilweiſe oder nur beſchränkt und unvollkommen übertragen konnte; z. B. A. verkauft an B. eine Sache; aber die Sache gehörte ihm gar nicht und der Eigenthümer ſtreitet ſie dem B. mit der rei vindicatio ab; oder ſie gehörte ihm nur zu $^1/_2$ und der Eigenthümer der andern Hälfte ſtreitet dieſe dem B. ab; oder ſie war dem C. verpfändet, ſo daß dieſer ſie dem B. mit der actio hypothecaria abnehmen kann; oder A. verkauft an B. eine Forderung, die er an C. zu haben behauptet, aber C. iſt dem A. gar Nichts ſchuldig oder hat Einreden gegen die Forderung, mit denen er die Klage des B. abweiſen kann; oder A. räumt an dem Grundſtück, das er beſitzt, dem B. gegen Bezahlung eine Servitut ein; ſpäter zeigt ſich, daß das Grundſtück nicht dem A., ſondern dem C. gehört und C. ſtellt nun gegen B. die negatoria actio an und ſiegt, da ein Nichteigenthümer dem B. die Servitut beſtellt hatte[7].

Es ſind dies Mängel in den rechtlichen Verhältniſſen, wegen deren dem Erwerber das Erworbene oder Zugeſagte von einem beſſer Berechtigten ganz oder theilweiſe abgeſtritten (evincirt), alſo verkümmert werden kann.

Wenn nun ſolche Mängel bei einer Veräußerung vorliegen und der wahre Berechtigte auf Grund eines Rechts, das ihm ſchon zur Zeit jener Veräußerung zuſtand, dem Erwerber den Gegenſtand ganz oder theilweiſe mit Erfolg abſtreitet (evincirt, entwährt), ſo entſteht die Frage, ob und wie der Veräußerer, der auctor, für dieſe Entwährung haften, für ſolche Mängel in den Rechtsverhältniſſen Gewähr leiſten muß (evictionem praestare). In dieſer Hinſicht gilt Folgendes:

1) Für ſolche Mängel in den Rechtsverhältniſſen muß der auctor dem Erwerber bei jedem entgeltlichen Veräußerungsvertrag ſchon nach allgemeinen Grundſätzen (ex natura contractus) einſtehen. Der Erwerber hat daher ſchon nach dem römiſchen Civilrecht im Fall der Eviktion gegen ſeinen auctor aus dem Veräußerungsvertrag zu klagen, alſo beim Kauf mit der actio emti[8].

Mit dieſer Klage kann der Erwerber Erſatz ſeines vollen Intereſſes vom auctor verlangen, alſo des geſammten Schadens, den er durch

---

[7] Vgl. oben § 68 Nr. III D (Th. I S. 316).

[8] Cod. de evict. 8, 45 cst. 4. 6. 9. 26.

die Eviktion erlitt, auch des lucrum cessans, so weit ein solches nachweisbar ist[9]. Wenn daher z. B. eine Sache verkauft und dem Käufer evincirt wurde und sie weniger werth ist, als sie zur Zeit des Kaufsabschlusses war, so hat der auctor bloß diesen geringeren Werth zu vergüten; ist sie aber durch Zufall oder Verbesserungen u. dgl. im Werth gestiegen, oder hat sie Accessionen erhalten, so muß der auctor den vollen höheren Werth, den sie zur Zeit der Eviktion hat, vergüten. In beiden Fällen aber muß er dem Erwerber auch noch allen seinen sonstigen Schaden, z. B. Proceßkosten u. dgl. ersetzen, überhaupt sein volles Interesse[10]. Hat daher der Erwerber in der Zwischenzeit Aufwand auf die Sache gemacht, so muß der auctor ihm auch diesen ersetzen, außer es wäre ein solcher, den der Erwerber vom Evincenten ersetzt verlangen könnte; z. B. ich kaufe von A. ein Grundstück und mache darauf nothwendigen, nützlichen und luxuriösen Aufwand; später aber tritt B. gegen mich auf mit der rei vindicatio und beweist, das Grundstück habe nicht dem A. gehört, sondern gehöre ihm und streitet mir es ab; hier könnte ich von B.[11] bei seiner rei vindicatio excipiendo die impensae necessariae und utiles (so weit die Sache durch sie erhalten und ertragreicher geworden ist) ersetzt verlangen und in so weit muß ich mich an B. halten; aber für allen übrigen Aufwand (also für impensae voluptuariae) muß mir mein auctor Ersatz geben[12].

Nur in folgenden Fällen hat der auctor nicht das volle Interesse zu vergüten:

a. wenn der Gegenstand wider seinen Willen und ohne daß er durch eine freiwillige vorangegangene Handlung (z. B. Pfandbestellung) dazu Berechtigung eingeräumt hatte, aber doch so, daß er dafür haften muß, veräußert wurde; z. B. wenn der Richter mir im Exekutionsweg eine Sache nimmt und verkauft, um meinen Gläubiger zu bezahlen, es findet sich aber später, daß mir die Sache gar nicht gehörte und sie wird dem Käufer evincirt, so habe ich bloß den zu meinem Besten verwendeten Kaufpreis herauszugeben. (D. h. t. 21, 2 l. 74 § 1.)

b. Wenn auf der veräußerten Sache Realservituten hafteten, die dem Erwerber unbekannt waren, so kann er bloß so viel von seiner Gegenleistung

---

[9] S. die angeführten Stellen und D. de evict. 21, 2 l. 1; l. 8, 15. 70. Arndts § 303 Note q—s.

[10] S. die angeführten Stellen. — Jedoch mit der Beschränkung auf das duplum des Kaufpreises (s. Arndts l. c. bei Note s), die aber nicht eintritt, wenn der Verkäufer in dolo war, d. h. den Fehler kannte und verschwieg (D. de A. E. V. 19, 1 l. 44, l. 46 § 1 a. E.).

[11] Nach (oben) § 143.

[12] D. de A. E. V. 19, 1 l. 45 § 1; Cod. l. c. 8, 45 cst. 16.

zurückverlangen, als die Sache der Servitut wegen weniger werth war (nicht sein ganzes Interesse, weil die Sache selbst ihm nicht entzogen ist). D. de aedil. ed. 21, 1 l. 61.

2) Natürlich kann auch bei entgeltlichen Verträgen der auctor noch ausdrücklich versprechen, für Eviktion haften zu wollen. Dies ist dann von Werth, wenn der auctor für den Fall der Eviktion sich zur Zahlung einer bestimmten Summe verpflichtet, weil dann jeder Streit über Taxation des Interesses vermieden wird. Es hat dann der Erwerber, wenn nicht das Gegentheil verabredet wurde, die Wahl, ob er aus dem Versprechen auf die versprochene Summe, oder ob er nicht lieber ex natura contractus auf Ersatz des Interesses klagen will[13].

3) Von selbst versteht sich, daß der Erwerber wegen Eviktion nicht klagen kann:

a. wenn er zur Zeit der Eingehung des Vertrags den rechtlichen Mangel kannte[14];

b. wenn er auf Gewährleistung Verzicht leistete[15];

c. wenn er sich bei der Eviktion eine Nachlässigkeit zu Schulden kommen ließ; denn der Erwerber muß, wenn ein Evincent gegen ihn auftritt, oder ihm das Recht, das auf ihn übertragen werden sollte, vom Verpflichteten (ganz oder theilweise) bestritten wird, es auf den Proceß ankommen lassen, außer wenn er nachweisen kann, daß das Recht des Gegners ganz unzweifelhaft ist; oder wenn es vom auctor selbst zugestanden ist. Kommt es aber zum Proceß, so muß er dem auctor zu rechter Zeit davon Nachricht geben (litis denunciatio, Streitverkündigung), weil der auctor bei dem Ausgang wesentlich interessirt ist und am besten im Stande sein wird, über das Verhältnis zum Gegner und über die Vertheidigungsmittel zu orientiren[16]. Nimmt nun der auctor am Proceß nicht Theil, so kann ihn der Erwerber auf Gefahr des auctor führen; und das Gleiche gilt, wenn dem auctor nicht denuncirt werden konnte, z. B. weil er nicht zu finden ist[17]. Unterließ aber der Erwerber die Denunciation, so weit

[13] Nach römischem Recht hatte beim Verkauf von res pretiosiores der Käufer sogar das Recht, vom auctor für den Fall der Eviktion eine duplae stipulatio zu verlangen. D. h. t. 21, 2 l. 2, l. 37 pr. § 1. Allein bei uns ist dieses nie recipirt worden. Überhaupt ist bei uns ein besonderes Versprechen selten.

[14] Außer im Falle besonderen Versprechens (Nr. 2). Cod. h. t. 8, 45 cst. 27.

[15] Arndts § 303 Anm. 6.

[16] Cod. l. c. cst. 9; D. h. t. 21, 2 l. 62 § 1, l. 49. Arndts § 303.

[17] D. h. t. l. 21 § 1; l. 56 § 3; l. 63 § 2.

sie ihm möglich war, und verliert er den Proceß, so hat er nur dann ein Recht auf Gewährleistung, wenn er gegen den auctor beweisen kann, daß er den Proceß auf die rechte Weise führte und kein Vertheidigungsmittel unbenutzt ließ, also eine Assistenz des auctor den Verlust des Processes nicht hätte abwenden können [18].

4) War der Veräußerungsvertrag ein unentgeltlicher, also eine Schenkung, so ist der auctor zur Gewährleistung nicht verbunden, außer er wäre in dolo oder hätte ausdrücklich Gewährleistung versprochen [19].

Haftpflicht für physische Mängel des Vertragsgegenstandes.

§ 206.

(Arndts § 304[1].)

Es sind zu unterscheiden:

I. Rechtsmittel, die schon das ius civile[2] gab. Sie gründen sich auf eine ertheilte Zusage oder auf dolus, folgen also ganz aus den allgemeinen Principien. Wer nämlich durch einen entgeltlichen Vertrag sich verpflichtet, eine bestimmte (konkrete) Sache zu leisten (auctor), sei es, sie zu veräußern (wie beim Kauf und Tausch) oder ihren Gebrauch zu verstatten (z. B. Vermiethung eines Fasses) und

1) beim Abschlusse des Vertrags versichert, daß die Sache gewisse bestimmte Eigenschaften habe, seien es besondere bestimmte Vorzüge, oder Abwesenheit gewisser bezeichneter Mängel: so muß er natürlich für diese Zusagen einstehen. Er muß also wegen seiner Garantie, wenn die zugesagten bestimmten Vorzüge fehlen, oder die Mängel, deren Abwesenheit er versicherte, vorhanden waren, mag er dies gewußt haben oder nicht, seinem Kontrahenten dessen volles Interesse[3] ersetzen, welches dieser mit der Klage aus dem geschlossenen Vertrag, mit der actio emti, conducti ꝛc. fordern kann. Gleichgültig

---

[18] Vgl. oben § 204 Beil. I Nr. I 2.

[19] D. de donat. 39, 5 l. 18 § 3; Cod. de evict. 8, 45 cst. 2.

[1] Auch von dieser Haftpflicht spricht Arndts viel zu beschränkt beim Kauf. Allerdings kommt sie am häufigsten bei Käufen zur Sprache. Allein sie hat eine viel allgemeinere Bedeutung, indem sie sich auf entgeltliche Verträge jeder Art (vgl. oben § 185 Beil. Nr. II) bezieht.

[2] Vgl. oben § 7 u. 8 (Th. I S. 27. 36).

[3] In dem oben § 172 ausgeführten Sinne.

iſt, ob der auctor die Eigenſchaften vertragsmäßig verſprach (promissum) oder ob er beim Vertrag dem Erwerber bloß erkärte, daß die Sache dieſe Eigenſchaften habe (dictum)[4].

Dieſes Intereſſe kann namentlich auch darin beſtehen, daß nun das ganze Geſchäft aufgehoben wird; nämlich wenn der Verletzte beweiſen kann, daß des Mangels wegen für ihn der Vertrag das weſentliche Intereſſe verloren hat[5].

2) Wenn die Sache zur Zeit des Abſchluſſes des Vertrags einen Mangel hat[6], d. h. eine Abweichung von der gewöhnlichen Beſchaffenheit ſolcher Sachen, wodurch ihre Brauchbarkeit irgend gehindert oder gemindert wird und der auctor in dolo war, d. h. den Fehler kannte, ihn aber argliſtig verſchwieg (den Empfänger im Irrthum ließ), ſo hat der Empfänger gegen ihn die Rechtsmittel aus dem dolus, d. h. er kann mit der Kontraktsklage nach ſeiner Wahl auf Aufhebung des Vertrags und Erſatz des Intereſſes, oder bloß auf Letzteres klagen, muß aber das Daſein des Fehlers und den dolus des auctor beweiſen[7].

Kannte aber der auctor den Fehler nicht, war er alſo nicht in dolo und hatte auch nicht die Abweſenheit des Fehlers garantirt (Nr. 1), ſo gab das Civilrecht kein Rechtsmittel[8].

3) Dieſe civilrechtlichen Rechtsmittel verjähren in der gewöhnlichen Zeit einer Anſpruchsverjährung, alſo in 30 Jahren.

II. Rechtsmittel, die auf das Edikt der Ädilen ſich gründen. — Eine Aufhebung des Vertrags kann nach dem Civilrecht der Kontrahent wegen des bloßen Daſeins von Fehlern (Nr. I. 2) an ſich nicht verlangen, mag ihm der Fehler auch noch ſo fatal ſein; er kann ſie nur verlangen, wenn er (nicht nur das Daſein des Fehlers zur Zeit des Vertragsabſchluſſes, ſondern auch noch) beweiſen kann, entweder daß der auctor die Abweſenheit des Fehlers verſichert und der Vertrag des Fehlers wegen kein Intereſſe mehr für ihn habe (Nr. I. 1), oder daß der auctor in dolo war (Nr. I. 2). Dieſe Beweiſe ſind oft

[4] D. de A. E. V. 19, 1 l. 13 § 3. 4, l. 6 § 4; locati 19, 2 l. 19 § 1.

[5] D. de A. E. V. 19, 1 l. 11 § 3. — Die Praxis geht wohl davon aus, daß wenn der Erwerber ausdrücklich eine Verſicherung wegen der Eigenſchaften verlangt hatte, und ſie ihm gegeben wurde, im Zweifel anzunehmen ſei, ſein Intereſſe gehe auf Aufhebung des Vertrags.

[6] Nicht bloß Fehlen eines beſondern Vorzugs.

[7] S. oben § 187. — D. l. c. l. 13 pr. § 1. 2. Es gilt alſo hier Daſſelbe, wie im Falle Nr. 1.

[8] Denn die actio quanti minoris, von welcher die angeführte l. 13 pr. ſpricht, iſt eine erſt von den Ädilen eingeführte Klage (ſ. unten Nr. II 3).

ſchwer zu führen, jedenfalls aber mit Weiterungen verknüpft, und ſo lag es nahe, bloß und allein wegen der Fehlerhaftigkeit der Sache, wenigſtens bei gewiſſen Verträgen (oneroſen Veräußerungsverträgen) ein Recht auf Aufhebung des Vertrags oder auf verhältnismäßige Verringerung der Gegenleiſtung zu geben. Dies geſchah durch die Ädilen in ihrem Edikt. Sie führten zunächſt bloß beim Kauf, und zwar bloß beim Kauf von Sklaven und Laſtthieren, gewiſſe Rechtsmittel ein, welche lediglich durch das Daſein des phyſiſchen Fehlers der Sache begründet ſind. Dieſe Rechtsmittel wurden dann ſpäter ausgedehnt auf jeden Kauf, und dann auch auf alle entgeltlichen (oneroſen) Veräußerungsverträge), z. B. auf Tauſch, auf datio in solutum u. dgl.[9].

Hiernach gelten nun bei entgeltlichen Verträgen auf Veräußerung einer beſtimmten Sache nicht bloß die unter Nr. I angeführten Rechtsmittel, ſondern außerdem noch, nach der Wahl des Verletzten, folgende ädilitiſche Rechtsmittel auch bei uns:

1) Der Erwerber kann ſchon an ſich wegen jedes Fehlers, der die Brauchbarkeit der Sache irgend hindert oder mindert, den Vertrag anfechten und Aufhebung desſelben verlangen, ſei es excipiendo (wenn er auf Erfüllung des Vertrags belangt wird), oder durch eine Klage, durch die actio redhibitoria (ſog. Wandelklage), gleich viel ob der Veräußerer den Fehler kannte oder nicht; ob er beſondere Garantieen gab oder nicht. Der Erwerber braucht bei dieſer Klage bloß zu beweiſen, daß der Fehler zur Zeit des Vertragsabſchluſſes vorhanden war[10]. Die Aufhebung des Vertrags geſchieht dann (ex nunc[11]), die Klage aber verjährt (von Abſchluß des Vertrags an) in sex menses utiles[12].

2) Wenn der auctor beſtimmte Vorzüge der Sache zuſicherte, es findet ſich aber, daß die Sache ſie nicht hat, ſo kann der Erwerber lediglich wegen der Abweſenheit der Vorzüge ebenfalls die actio redhibitoria auf Aufhebung des Vertrags innerhalb der 6 Monate anſtellen[13].

---

[9] D. de aedil. ed. 21, 1 l. 1 pr. § 1, l. 49, l. 63; l. 19 § 3. Arndts § 304 Anm. 1 a. E.

[10] D. l. c. 21, 1 l. 1 § 8—11, l. 21 pr., l. 28 pr. § 1—6, l. 48 § 8.

[11] In dem oben § 69 Lit. C II 1 und § 68 Beil. II Nr. I 2 und II und § 84 Nr. II (Th. I S. 318. 326. 422) ausgeführten Sinne. Vgl. Arndts § 304 Note l. m.

[12] Arndts § 304 Note k. Vgl. oben § 95 (Th. I S. 486).

[13] D. l. c. l. 19 pr. § 1—3, l. 17 § 2, l. 18, l. 38 § 10.

3) Der Erwerber hat aber in den Fällen von Nr. 1 und 2 des Mangels wegen auch eine Klage auf Verringerung seiner Gegenleistung um so viel, als die Sache zur Zeit des Vertragsabschlusses des Mangels wegen weniger werth war, eine actio aestimatoria oder quanti minoris, die aber erst in einem annus utilis verjährt[14]. Er hat also in den Fällen von Nr. 1 und 2 die Wahl, ob er innerhalb 6 Monaten redhibitorisch auf Aufhebung des Vertrags klagen, oder ob er ihn gelten lassen und innerhalb eines Jahres ästimatorisch auf die Preisverringerung klagen will und zwar hat er diese Wahl, gleichviel welcher Art dieser Mangel ist, wenn er nur die Brauchbarkeit der Sache irgend mindert[15].

4) Die civilistischen Klagen (Nr. I) bestehen in den unter Nr. I angeführten Fällen neben den ädilitischen und konkurriren mit ihnen[16]. Diese civilistischen Klagen verjähren aber erst in 30 Jahren vom Abschluß des Vertrags an.

III. Die angeführten Rechtsmittel (Nr. I. und II.) finden nicht statt:

1) Wenn der Erwerber auf sie verzichtete; dies ist namentlich auch der Fall, wenn der auctor sich beim Vertrage ausbedungen hat, für gar keinen Fehler zu haften und der Erwerber zustimmt; nur haftet aber in diesem Falle der auctor dann, wenn er den Fehler kannte und (dolos) verschwieg[17];

2) wenn der Erwerber bei Vertragsabschluß den Fehler kannte und der auctor dies beweisen kann[18];

3) wenn der Fehler so offen vorlag, daß der Erwerber bei Abschluß des Vertrags ihn auch nur mit ganz gewöhnlicher Aufmerksamkeit hätte bemerken müssen; in diesem Falle haftet der auctor nur,

---

[14] D. l. c. l. 19 § 6, l. 48 § 2. Vgl. oben § 95 Anm. 3 (Th. I S. 486).

[15] D. l. c. l. 18 pr.; l. 48 § 2. Arndts § 304 Note 1 und Anm. 3. — Die Ansicht, die früher die herrschende war, daß er bei geringeren Mängeln, sog. Nebenmängeln bloß ästimatorisch klagen könne, ist offenbar falsch, wie auch die jetzt herrschende Ansicht annimmt.

[16] In der oben § 96 Beil. Nr. I—III (Th. I S. 492) ausgeführten Weise. Bei den ädilitischen Klagen ist zu beachten, daß ihre Verjährungszeit ein tempus utile ist, also namentlich nicht läuft, so lange der Erwerber den Fehler noch nicht entdeckt hat, s. oben § 95 (Th. I S. 486).

[17] D. de A. E. V. 19, 1 l. 39 a. E.; de aedil. ed. 21, 1 l. 14 § 9. Vgl. oben § 69 Beil. III Nr. IV 3 (Th. I S. 340).

[18] D. de aedil. ed. 21, 1 l. 14 § 9 u. 10; de C. E. 18, 1 l. 43.

wenn ihm dolus nachgewiesen werden kann, d. h. er wußte, der Erwerber habe den Fehler nicht bemerkt und er dessen Irrthum benutzte[19].

4) Veräußert der Fiskus Sachen, so sind die ädilitischen Rechtsmittel (Nr. II.) gegen ihn ausgeschlossen[20]; wohl aber finden die civilistischen in den unter Nr. I. angegebenen Fällen gegen ihn statt.

Viele Partikularrechte weichen in dieser Lehre in Beziehung auf die unter II. angeführten Rechtsmittel im Einzelnen von dem Ausgeführten ab[21].

Laesio enormis.

§ 207.

(Arndts § 207[1].)

Haftpflicht für sog. laesio enormis. Bei entgeltlichen Verträgen kommt es häufig vor, daß in Fällen, in welchen es sich nicht von Mängeln des Vertragsgegenstandes handelt, der eine Theil mehr für denselben verspricht, beziehungsweise weniger sich dafür versprechen läßt, als er im Verkehre wirklich werth ist. Geschah dies wissentlich, d. h. kannte die betreffende Partie den Marktwerth der Sache: so wäre es ganz ungerechtfertigt, ihr das Recht zu geben, den Vertrag anzufechten, sollte sie auch etwa aus Noth die Sache zu wohlfeil weggegeben oder sie wegen eines dringenden Bedürfnisses zu theuer gekauft haben. Aber auch dann, wenn nicht nachgewiesen werden kann, daß ihr der wahre Werth bekannt war, würde es sich nicht rechtfertigen lassen, aus dem Grunde, weil sie zu theuer erwarb oder zu wohlfeil weggab, ein Anfechtungsrecht zu geben, das für die Sicherheit des Verkehrs sehr mißlich sein würde. Deßhalb wird auch von unserem positiven Recht ein solches Anfechtungsrecht grundsätzlich verneint; D. locati 19, 2 l. 22 § 2 l. 23, de minor. 4, 4 l. 16 § 4, C. de resc. vend. 4, 44 cst. 4, 15. Von diesem Grundsatze aber machen ein paar Reskripte im codex l. c., die cst. 2 und cst. 8 eine Ausnahme, über deren Ausdehnung viel Streit ist. Diese Stellen sprechen nämlich bloß von dem Fall, wenn Jemand ein Grundstück verkauft, aber so wohlfeil, daß er nicht einmal die Hälfte des wahren Werthes dafür bekam, »si nec dimidia pars veri pretii soluta sit« (sog. laesio ultra dimidium oder enormis) und geben in diesem Falle dem Verkäufer das Recht, den Vertrag anzufechten. Hier fragt es sich aber, ist dieses Recht auf den Fall zu beschränken, von welchem jene Stellen sprechen, also nur dem Verkäufer eines Grundstücks einzuräumen, wenn er auf die angegebene Weise zu wohlfeil verkaufte — oder ist es zu verallgemeinern und auch einem enorm verletzten Käufer und auch bei anderen entgeltlichen Verträgen einer enorm verletzten Partie einzuräumen? Das Erstere behaupten Viele (s. z. B. die bei Bangerow Pand. III S. 351 Angeführten, auch Arndts § 307 Anm.); auch ist es das Wahrscheinlichere, daß die Beschränkung auf den genannten Fall wirklich im Sinne der beiden Konstitutionen liegt, s. bes.

---

[19] Vgl. oben § 87 Beil. I Nr. III 4 a. E. (Th. I S. 456). S. auch Thöl Handelsrecht I § 82 a. E.

[20] D. de aedil. ed. 21, 1 l. 1 § 3.

[21] Namentlich bestimmen die meisten Partikularrechte Besonderes über Käufe gewisser Thiergattungen, wenn gekaufte Thiere einen Fehler haben.

[1] Das Recht, wegen sog. laesio enormis den Vertrag anzufechten (Arndts l. c. Note c), gilt nicht bloß beim Kauf, sondern bei allen entgeltlichen Verträgen.

Bangerow a. O. S. 352. Allein die Meisten, denen auch die Praxis folgt, behaupten, jene Bestimmung sei zu verallgemeinern, besonders weil die cst. 2 cit. ihre Entscheidung durch ein »humanum est« motivire und die humanitas bei jedem negotium bonae fidei auf Berücksichtigung einer enormen Läsion führe. — Hiernach nimmt die in Theorie und Praxis (Arndts a. O.) herrschende Ansicht an, daß das Rechtsmittel wegen laesio enormis Jedem zustehe, der einen entgeltlichen Vertrag, z. B. Kauf, Tausch, Miethe ꝛc. schloß und durch denselben über die Hälfte verletzt worden sei. — Die Frage aber, wann eine Verletzung über die Hälfte vorhanden sei, bedarf noch einer näheren Bestimmung. Bei dem Verkäufer ist sie in cst. 2 und 8 cit. klar entschieden, auch ist darüber kein Streit; er ist enorm lädirt, wenn er für Das, was er verkaufte, nicht einmal die Hälfte an Werth bekommt, also z. B. für eine Sache, welche 40 M. werth ist, weniger als 20 M. bekommt. Dagegen war die Frage beim Käufer früher sehr bestritten. Die Glosse und Viele nach ihr (s. die bei Glück Pandektenkomm. XVII S. 35 ff. Angeführten) bezogen die Hälfte, über welche ein Käufer verletzt sein müsse, wenn seine Läsion eine enorme sein soll, auf den Werth der Sache, die er bekommen soll und legten die Hälfte dieses Werths in der Art zu Grund, daß ein Käufer schon dann enorm lädirt sein soll, wenn er für die Sache über ihren Marktpreis noch mehr als die Hälfte desselben bezahlte, er also bei einer Sache, welche 40 M. werth ist, schon dann enorm lädirt sein würde, wenn er mehr als 60 M. für sie bezahlte. Andere dagegen bestimmen die Hälfte nach dem Betrag der Leistung des Käufers, so daß er erst dann enorm lädirt ist, wenn er für seine Leistung an Werth nicht einmal die Hälfte des Betrags dieser Leistung bekommt, also der Werth der Sache nicht die Hälfte des zu zahlenden Kaufpreises beträgt, er z. B. für eine Sache, welche 40 M. werth ist, mehr als 80 M. bezahlte (würde er bloß mehr als 60 M. bezahlen: so würde er für Das, was er weggiebt, mehr als die Hälfte an Werth bekommen, und wäre daher nicht über die Hälfte Dessen, was er leistete, sondern bloß über den dritten Theil desselben lädirt). Diese letztere Ansicht entspricht wohl entschieden dem Sinn der cst. 2 und 8 cit., wenn man mit der Praxis davon ausgeht, daß sie in der oben angegebenen Weise zu verallgemeinern sind; und sie ist auch längst die durchaus herrschende; s. die bei Glück a. O. S. 38—41 Angeführten und alle neueren Pandekten-Systeme. Hiernach ist eine laesio enormis vorhanden, wenn eine Partie für ihre Leistung weniger als die Hälfte ihres Werthes als Gegenleistung erhält. Der Werth ist natürlich nach dem Marktpreis zu bestimmen, den der Gegenstand zur Zeit des Vertragsabschlusses hat; C. de resc. vend. cst. 8 a. E.; späteres Steigen oder Sinken des Preises kommt daher nicht in Betracht. Auch muß das Rechtsmittel aus einer laesio enormis ausgeschlossen sein, wenn von einem Marktpreis des Gegenstandes nicht die Rede sein kann oder zur Zeit des Vertragsabschlusses überhaupt ein Werth des Gegenstandes sich nicht bestimmen läßt, wie z. B. bei einer emtio spei. — Was die Folgen der laesio enormis betrifft: so ist

I. der Vertrag, bei welchem ein Theil lädirt ist, an sich ganz gültig und wirksam, aber der verletzte Theil kann denselben durch eine Einrede oder durch eine persönliche Klage aus dem Vertrage (nicht wie die Älteren meist glaubten, durch eine besondere Klage, die sie ganz unpassend eine condictio ex l. 2 C. de resc. vend. nannten) anfechten, und ihn dadurch ex nunc aufheben und Zurückgabe des gegenseitig Geleisteten verlangen; C. de resc. vend. cst. 2, 8 a. E.

II. Sein Gegner aber hat nach cst. 2 cit. eine sog. facultas alternativa, d. h. er kann die Aufhebung des Vertrags dadurch abwenden, daß er die Läsion vollständig hebt, also so viel vom Empfangenen zurückgiebt, beziehungsweise zum Geleisteten so viel nachzahlt, als nach dem Marktwerth des Gegenstands zur Ausgleichung der Läsion überhaupt (nicht bloß bis zur Hebung der enormen Läsion) nöthig ist; cst. 2 u. 8 cit.

III. Wenn die Sache, welche Gegenstand des Vertrags war, ohne dolus des Erwerbers bei ihm zu Grunde geht oder ihm abhanden kommt oder von ihm

veräußert wird: so fällt gegen ihn, wenn sein Gegner der Lädirte war, das Rechtsmittel wegen Läsion weg (z. B. der lädirte Verkäufer kann vom Käufer, bei welchem die Sache unterging, Nichts verlangen und muß sich mit dem empfangenen Preis begnügen). Denn den Erwerber könnte hier nur ein dolus oder eine mora zum Ersatze verpflichten; eine Hebung der Läsion aber durch Nachzahlen kann der Lädirte vom Lädirenden nicht verlangen, da ein solches Nachzahlen nur ein Recht des Lädirenden ist, um den Vertrag aufrecht zu erhalten, nicht aber eine Pflicht desselben; s. Nr. II auch Glück, Pandektenkomm. XVII S. 112, 115—119. Deßhalb wird auch der Lädirte, wenn der Lädirende ohne Arglist die Sache veräußert hatte, von ihm nicht, wie Manche, z. B. Glück a. O. S. 114 und die dort Angeführten und Bangerow § 611 Nr. V annehmen, Das ansprechen können, um was Derselbe durch die Veräußerung bereichert ist. Dem dritten Besitzer der Sache aber kann der Lädirte sie nicht, wie manche Ältere behaupteten, abfordern, da die Läsion ihm nur eine persönliche Klage gegen seinen Kontrahenten und dessen Erben giebt. — War der Erwerber der Sache, z. B. der Käufer der Lädirte: so kann er zwar nicht, wenn er die Sache veräußert, also die Zurückgabe sich selbst unmöglich gemacht hat, wohl aber dann, wenn die Sache bei ihm durch Zufall zu Grund ging oder abhanden kam, immer noch wegen der Läsion auf Aufhebung des Vertrags und Zurückgabe Dessen, was er geleistet hat, klagen; nur kann und wird in solchem Falle sein lädirender Gegner von seiner facultas alternativa. (Nr. II) Gebrauch machen, d. h. durch Zurückgabe des zu viel Empfangenen die Läsion heben.

IV. Das Rechtsmittel wegen Läsion fällt natürlich weg, wenn der Lädirte darauf verzichtet, also namentlich auch, wenn er absichtlich, um seinen Kontrahenten zu begünstigen, den Gegenstand unter seinem Preise weggegeben oder ihn über seinem Preise bezahlt hat (vgl. oben § 204 Beil. I Nr. II). Es fällt aber auch weg, wenn ihm überhaupt nachgewiesen werden kann, daß er beim Abschluß des Vertrags wußte, er werde durch denselben enorm verletzt; denn dann hatte er den verletzenden Vertrag gewollt. Viele sind jedoch anderer Meinung, z. B. die bei Glück a. O. S. 82 Angeführten, auch Bangerow § 611 Nr. VI, namentlich weil bei einer Veräußerung aus Noth durch eine bloße Bekanntschaft mit dem Werth der Sache das Rechtsmittel nicht ausgeschlossen werden könne. Allein hier geht die Behauptung weit über ihren Grund hinaus. Würde man auch bei einer Veräußerung aus Noth selbst dem Wissenden helfen wollen, wozu aber in der That kein Grund vorliegt, so würde doch daraus nicht folgen, daß überhaupt dem Wissenden zu helfen sei, also auch z. B. Dem, welcher seine Sachen wissentlich unter dem Preise verschleudert, um Geld zu einem splendiden Essen oder zu einer Vergnügungsreise zu bekommen. — Daß aber das Rechtsmittel wegfalle, wenn in öffentlicher Versteigerung gekauft worden sei, wie viele Ältere behaupteten, läßt sich in keiner Weise begründen. — Dagegen bestimmt das allgemeine Handelsgesetzbuch Art. 286 mit Recht, daß es bei allen Handelsgeschäften ausgeschlossen sei. Noch weiter geht das Sächsische Gesetzbuch, durch welches das Rechtsmittel überhaupt beseitigt wurde, was durchaus zu billigen sein wird.

Der Tauschvertrag.

§ 208.

(Arndts § 308.)

Tausch (permutatio) ist der Vertrag, vermöge dessen man einen Vermögensgegenstand veräußert für eine Gegenleistung, welche nicht in Geld, sondern in anderen Dingen besteht[1]. Besteht

[1] D. de rer. permut. 19, 4 l. 1 pr.; I. de emt. 3, 23 § 2 a. E.

die Gegenleiſtung theils in Geld, theils in anderen Dingen, ſo iſt der Vertrag ein Kauf, wenn die Geldleiſtung das Hauptſächliche iſt[2].

Beim Tauſche gilt Dasſelbe, was beim Kauf gilt[3] mit folgenden Ausnahmen:

1) Nach römiſchem Recht war der Tauſch ein pactum nudum; er ging erſt dadurch, daß die eine Partie leiſtete, für dieſe in einen Innominatkontrakt über[4]. Es galten daher bei ihm alle Eigenheiten der Innominatkontrakte[5]. Dieſe Verſchiedenheit vom Kauf fällt aber bei uns weg[6].

2) Wenn Sachen (körperliche Dinge) Gegenſtand des Tauſches ſind, ſo wird der Empfänger, ſobald ihm die Sache tradirt iſt, ſofort Eigenthümer[7], auch wenn er ſeine Gegenleiſtung noch nicht gemacht und nicht wegen derſelben Kredit erhalten hat.

3) Jede Partie muß dafür haften, daß das Eigenthum der Sache, die ſie zu leiſten hat, auf den Empfänger übergeht; daher die Verbindlichkeit zur Gewährleiſtung ſchon eintritt, wenn erwieſen werden kann, daß der Geber nicht Eigenthümer war (alſo auch der Empfänger es nicht wurde), ſollte auch dem Empfänger die Sache noch nicht wirklich evincirt worden ſein[8].

Das periculum beim Tauſche trägt[9], wenn die zu leiſtenden Sachen konkret beſtimmt ſind und nach Abſchluß des Vertrags durch Zufall untergehen oder verſchlechtert werden, Derjenige, dem ſie zu leiſten waren, d. h. er muß doch ſeine volle Gegenleiſtung geben[10].

---

[2] Arndts § 300 Note d. [3] D. l. c. l. 2.

[4] Und zwar, wenn (körperliche) Sachen ſein Gegenſtand waren, nur dann, wenn der Vertrag ausdrücklich auf Übertragen des Eigenthums, auf dare, geſchloſſen wurde. D. l. c. 19, 4 l. 1 pr. § 2—4.

[5] Vgl. oben § 184 Lit. C 2, alſo: Eintritt der Klagbarkeit erſt mit der Leiſtung, actio praescriptis verbis, das Abgehendürfen vom Vertrag, das Zurückforderungsrecht mit der condictio ob causam datorum. D. l. c. l. 1 pr. § 2—4; Cod. de rer. permut. 4, 64 cst. 3. 5. 7.

[6] S. oben § 184 Lit. E.

[7] Falls der Geber wirklich Eigenthümer war.

[8] Anders in der Regel beim Kauf, ſ. oben § 204 Beil. I Nr. 2. Meine Doctrina causa data etc. S. 62 ff. Note 73 und S. 72.

[9] Nach dem oben § 195 Lit. G Nr. 2 Ausgeführten.

[10] Oben § 195 Lit. G Nr. II 2.

Entgeltliche Verträge auf Gebrauchsverstattung oder auf Dienste.

Die locatio conductio.

§ 209.

(Arndts §§ 309—315.)

Bei der locatio conductio[1] sind zu unterscheiden

I. Sachenmiethe (locatio conductio rerum; Mieth- und Pachtvertrag)[2].

II. Dienstmiethe (locatio conductio operarum) und entgeltliche Dienstverträge überhaupt[3].

III. Verdingungsvertrag (locatio conductio operis)[4].

Beilage I.

Wenn gegen Bezahlung die Verstattung des Gebrauchs eines Gegenstandes oder Dienste zugesagt werden: so ist der Vertrag ein Miethvertrag, »locatio conductio«. Es liegen also zwei Hauptfälle in diesem Vertrage, die Sachenmiethe und die Dienstmiethe.

Sachenmiethe, »locatio conductio rerum«, ist die Überlassung eines Gegenstandes zur Benutzung gegen eine in Geld oder in anderen Dingen zu leistende Bezahlung. Vermiether, »locator«, ist, wer die Benutzung einräumt; Miether, »conductor«, wer die Benutzung bekommt (bei Gebäuden auch »inquilinus«). Besteht die Benutzung hauptsächlich im Bezug von Früchten der Sache oder ähnlichen Einkünften: so nennen wir den Vertrag einen Pachtvertrag und die Partieen Verpachter und Pachter; die Römer bezeichnen auch diesen Fall durch »locatio conductio«, mitunter auch durch »colonia« und den Pachter durch »colonus«.

Zu beachten ist aber, daß der Umfang der römischen locatio conductio rerum beschränkter war, als der unseres Mieth- und Pachtvertrages, was mit den beschränkten Grenzen der klagbaren Verträge nach römischem Recht zusammenhing. Es war nämlich zum Konsensualkontrakt der »locatio conductio« wesentlich: 1. daß für die Benutzung ein Preis in Geld (»pecunia numerata«) zugesagt wurde (nur beim Pacht war der Vertrag auch dann ein Konsensualkontrakt, wenn der Preis in Früchten bestand, sei es in einer Quote des jährlichen Ertrags, »colonia partiaria«, oder in einem festbestimmten Quantum, D. 19, 2 loc. l. 25 § 6), und daß 2. schon beim Abschluß des Geschäfts der Preis mittelbar oder unmittelbar festgesetzt wurde (wie beim Kauf). Wenn daher nicht Geld, sondern andere Sachen als Preis zugesagt wurden, oder wenn der Preis

---

[1] Über Begriff und Fälle s. unten die Beil. I.

[2] Darüber s. Arndts § 310—313. — Über das Tragen der Gefahr s. Arndts § 312 Nr. 1 und oben § 195 Lit. G Nr. III. — Über das Haften für physische Fehler der gemietheten Sache s. oben § 206 Nr. I. — Über die Ordnung in der Leistung s. oben § 189 Nr. 1. — Über die sog. locatio conductio irregularis und den sog. contractus socidae oder Eisernviehvertrag s. unten Beil. I Lit. a—c.

[3] Hierüber (Arndts § 314) s. unten Beil. II Nr. I—V und oben § 202 Beil. I Nr. IV (wonach Arndts l. c. näher zu bestimmen und zu berichtigen ist).

[4] Arndts § 315. S. darüber die Beil. II Nr. VI.

erst nach gemachtem Gebrauche festgesetzt werden sollte: so war der Vertrag bei den Römern ein bloßes pactum, also an sich unklagbar, und ging erst dadurch, daß die eine Partie leistete, in einen Innominatkontrakt über und hatte dann alle Besonderheiten der Innominatkontrakte, I. 3, 24 de loc. § 1; D. 19, 5 de praescr. verb. act. l. 22 l. 5 § 2; im Übrigen aber wurde ein solcher Vertrag ganz nach Miethgrundsätzen beurtheilt. Da aber bei uns die Besonderheiten der Innominatkontrakte wegfallen (s. oben § 184): so ist zwischen dem genannten Vertrag und der Miethe gar kein Unterschied mehr und wir müssen ihn daher noch zum Miethvertrag zählen, was Manche mit Unrecht leugnen.

Häufig spricht man noch von einer sog. locatio conductio »irregularis«. Damit bezeichnet man die Fälle des Miethvertrages, in welchen gegen die Regel der Miether die Gefahr der betreffenden Sache trägt und das Eigenthum derselben auf ihn übergeht. Dies ist der Fall

a. in dem in Beil. II Nr. VI, 2 angeführten Falle der locatio conductio operis;

b. wenn man Jemandem fungible Sachen zur Überlieferung an einen Anderen um Lohn übergiebt, also seine Dienste miethet, ihm aber überläßt, statt der empfangenen Sachen, wenn er wolle, andere fungible Sachen von gleicher Güte und Quantität abzuliefern: so geht, wenn er von dieser Gestattung Gebrauch machen zu wollen erklärt (sei es ausdrücklich oder stillschweigend dadurch, daß er über die empfangenen Sachen disponirt) das Eigenthum der empfangenen Sachen und, weil er nun bloß »tantundem« (andere Sachen in gleicher Art und Quantität) zu restituiren hat, auch die Gefahr der Sachen auf ihn über. D. 19, 2 loc. l. 31, Glück Kommentar XVII S. 423 ff., auch Weiske's Rechtslexikon VII S. 828 ff.

c. Häufig rechnet man hierher auch noch den Fall, wenn bei einem Miethvertrage Nebensachen, die zur gemietheten Hauptsache gehören, mit einem Preisanschlage dem Miether übergeben werden. Hier nimmt das römische Recht an, die Absicht der Partieen bei einer solchen Taxe der Nebensachen sei im Zweifel dahin auszulegen, daß die Nebensachen als verkauft gelten sollen, der Empfänger daher nach Beendigung der Miethe mit der Hauptsache bloß den Preis dieser Nebensachen zu restituiren habe; es ist also hier nicht eine locatio conductio irregularis vorhanden, sondern eben ein Verkauf der Nebensachen verbunden mit der Miethe der Hauptsache, D. 19, 2 h. t. l. 3 l. 54 § 2; vgl. auch Sell im civilistischen Archiv Bd. XIX S. 302 ff. Davon verschieden ist der in Deutschland häufige sog. »contractus socidae« oder „Eisernviehvertrag", wenn nämlich beim Pacht eines Landgutes das dazu gehörige Inventar zu einem bestimmten Preise vertragsmäßig taxirt und vom Pachter übernommen wird. Dieses hat die Bedeutung, daß der Pachter bei Beendigung des Pachtes genau ein gleiches Inventar wieder zu stellen, also das abgehende zu ergänzen und die Gefahr des übernommenen Inventars zu tragen hat, das Inventar aber im Eigenthum des Verpachters bleiben soll und Dieser das Eigenthum der Stücke, die der Pachter ergänzt, durch ein constitutum possessorium (s. oben § 126 Beil. Nr. IV) erwirbt. Vgl. auch Arndts § 312 Anm. 2.

Beilage II.

Dienstmiethe, »locatio conductio operarum«, ist die Übereinkunft, vermöge deren die eine Partie der anderen gemeine Dienste (s. nachher Nr. II) gegen einen Lohn in Geld oder anderen Sachen zusagt. Vermiether, »locator«, ist hier der Dienstleistende (er vermiethet seine Dienste), Miether, »conductor operarum«, ist Der, dem die Dienste geleistet werden.

Nicht jeder Vertrag aber, der Dienstleistungen gegen Bezahlung zum Inhalt hat, ist ein eigentlicher Miethvertrag, eine Dienstmiethe. Über diese Frage und über die entgeltlichen Dienstverträge überhaupt (worüber unsere Schriftsteller meist sehr ungenau sind) ist Folgendes zu bemerken:

1) Nach römischem Recht gilt für den Begriff der locatio conductio operarum dieselbe Beschränkung, wie für die locatio conductio rerum, d. h.

wenn der Lohn nicht in Geld, ſondern in anderen Sachen beſtand, oder er nicht ſofort, ſondern erſt ſpäter nach Abſchluß des Vertrags feſtgeſetzt werden ſollte: ſo war nach römiſchem Recht der Vertrag nicht ein Konſensualkontrakt, ſondern ein bloßes pactum, welches erſt, wenn eine Partie geleiſtet hatte, für dieſe in einen Innominatkontrakt überging und daher alle Beſonderheiten der Innominatkontrakte hatte, im Übrigen aber durchaus nach Miethgrundſätzen beurtheilt wurde. D. 19, 5 de praescr. verb. act. l. 22 l. 5 § 2, 4. Bei uns aber iſt ein ſolcher Vertrag ſofort, alſo ſobald ſich die Partieen vereinbart haben (durch bloßen Konſens) klagbar (ſ. oben § 184), und da die Eigenheiten der Innominatkontrakte bei uns ganz weggefallen ſind: ſo iſt er bei uns, was freilich von Vielen gar nicht beachtet wird, in gar Nichts von dem Miethvertrage verſchieden, alſo lediglich als ein Fall des Miethvertrages zu behandeln.

II. Den Begriff der »locatio conductio operarum« wendeten die Römer nur an, wenn ſog. operae »illiberales« Gegenſtand des Vertrages ſind, nicht aber bei operae »liberales«, und auch bei uns nennt man den Vertrag bei operae liberales nicht einen Miethvertrag. Der Unterſchied zwiſchen dieſen Gattungen der Dienſte wird aber von Vielen unrichtig beſtimmt und namentlich kommt es nicht, wie Viele meinen, darauf an, ob die Dienſte eine Schätzung zulaſſen oder nicht; denn es giebt operae liberales, welche ſogar ihre beſtimmte Taxe haben, wie z. B. die Arbeiten eines Advokaten; vielmehr beſtimmt ſchon das römiſche Recht den Unterſchied richtig dahin: operae »illiberales« ſind niedere oder gemeine Dienſte, bei welchen man, wenn man ſie bezahlt, im gemeinen Leben von »conducere«, von Miethen ſpricht, wie z. B. Dienſte eines Dienſtboten, Tagelöhners, Boten, Anſtreichers; operae »liberales« dagegen ſind ſolche, bei welchen man, auch wenn ſie bezahlt werden, doch nicht von Miethen ſpricht, wie z. B. bei Dienſten, welche wiſſenſchaftliche oder höhere techniſche Ausbildung erfordern, z. B. eines Advokaten, Hauslehrers, Ingenieurs, Arztes, Mäklers, Handlungsgehülfen ꝛc., D. 19, 5 de praescr. verb. l. 5 § 2.

Nach römiſchem Recht nun war ein wichtiger Unterſchied in den Rechtsgrundſätzen zwiſchen dem Vertrage, in welchem operae illiberales um Lohn (Dienſtmiethe) und dem Vertrage, in welchem operae liberales gegen Zahlung verſprochen wurden; denn der letztere Vertrag war 1. nicht ein Konſensualkontrakt, ſondern an ſich ein unklagbares pactum, das erſt durch Leiſtung des einen Theils in einen Innominatkontrakt überging; dabei war 2. die Klage auf Bezahlung des zugeſagten Lohnes, welcher hier »salarium, honorarium« hieß, in der Regel eine actio extraordinaria, d. h. der Proceß wurde von dem magistratus ſelbſt verhandelt und entſchieden und kein iudex beſtellt. D. l. c. l. 5 § 2; 50, 13 de extraord. cogn. l. 1; 17, 1 mand. l. 7; C. 4, 35 eod. cst. 1.

Bei uns aber iſt zwiſchen dieſem Dienſtvertrage und der Dienſtmiethe bloß ein Namensunterſchied; denn der Unterſchied unter Nr. 2 war ſchon nach römiſchem Recht in der ſpäteren Kaiſerzeit unpraktiſch, weil nach Erlöſchung des Formularproceſſes alle Klagen actiones extraordinariae waren; der Unterſchied unter Nr. 1 aber iſt durch das deutſche Recht beſeitigt (ſ. oben § 184). Deßhalb iſt bei uns auch ein Dienſtvertrag über operae liberales ganz nach Miethgrundſätzen zu beurtheilen; nur nennt man auch bei uns einen ſolchen Vertrag nicht Miethvertrag und die Bezahlung nicht Lohn (ſondern „Honorar, salarium, Deſerviten“ ꝛc.). Zu beachten iſt aber bei dieſen bezahlten Dienſtverträgen, ſeien ſie Dienſtmiethe oder ein Dienſtvertrag im engeren Sinn (d. h. über operae liberales), das oben § 202 Beil. I unter Nr. IV Ausgeführte.

III. Wenn man ſich Dienſte leiſten läßt von einer Perſon, welche von ſolchen Dienſten ſich zu ernähren oder ſie ſich bezahlen zu laſſen pflegt, oder wenn man ſich Dienſte leiſten läßt, welche überhaupt gewöhnlich nur für Bezahlung geleiſtet werden, ſeien ſie liberales oder illiberales: ſo kann Bezahlung gefordert werden, wenn ſie auch nicht ausdrücklich zugeſagt wurde. In ſolchen Fällen iſt

anzunehmen, daß stillschweigend ein oneroser Dienstvertrag geschlossen worden sei. D. 19, 5 de praescr. verb. l. 22, Schäffer in der Gießener Zeitschrift N. F. Bd. VII S. 8 f. Nach römischem Recht war hier der Vertrag wieder nicht eine locatio conductio, weil der Preis nicht beim Abschluß des Vertrags festgesetzt wurde, sondern ein Innominatkontrakt, wenn auch die Dienste illiberales waren. Arndts § 314 Anm. Bei uns gilt in dieser Hinsicht das unter Nr. II Gesagte.

IV. Besondere Grundsätze galten nach römischem Recht bei dem Dienste eines »mensor« (Feldmessers, in der älteren Zeit bei den Römern wohl Auguren). Wenn man sich durch einen mensor Messungen besorgen ließ: so konnte er nach dem Grundsatze unter Nr. III Bezahlung verlangen; aber das Verhältnis wurde nicht als eigentliches Vertragsverhältnis behandelt; gegen den mensor fand nur wegen dolus und culpa lata eine subsidiäre »in factum actio« auf Ersatz statt, die aber lediglich als Deliktsklage behandelt wurde; D. 11, 6 si mensor l. 1. Bei uns aber ist der Vertrag ganz nach den Grundsätzen des Miethvertrags zu behandeln; denn die besonderen Gründe, aus welchen die Römer jenes Verhältnis in eigenthümlicher Weise auffaßten, fallen bei uns weg, um so mehr, als selbst das spätere römische Recht anerkannt zu haben scheint, daß wenn mit dem mensor ein bestimmter Preis verabredet wurde, der Vertrag lediglich als locatio conductio zu behandeln sei. Vgl. D. 10, 1 fin. reg. l. 4 § 1.

V. Dagegen gelten bei uns zum Theil besondere Grundsätze bei solchen Dienstverträgen, bei welchen der Dienende in häusliche Gemeinschaft mit dem Dienstherrn kommt, namentlich beim Dienstbotenvertrag (ein Fall des Miethkontrakts) und dem nach Analogie desselben zu beurtheilenden Vertrag über operae liberales eines Erziehers, einer Gouvernante u. dergl. Das Nähere über diese Verträge gehört in das Germanicum und Partikularrecht.

VI. Ein Fall der locatio conductio operarum ist die locatio conductio operis, Verdingungsvertrag, das Geben und Nehmen in Accord, d. h. wenn die Bezahlung nicht sowohl unmittelbar auf die zu leistenden Dienste, sondern auf die durch sie hervorzubringende Wirkung sich bezieht, also die Verfertigung eines Werkes als eines Ganzen oder die Besorgung eines zusammenhängenden Geschäfts im Ganzen Gegenstand des Vertrags ist, z. B. Jemand mir um Geld ein Haus bauen, einen Weg in meinem Garten, einen Rock aus meinem Tuche machen oder den Transport von Sachen an einen entfernten Ort besorgen soll. Hier ist jede Partie locator und conductor zugleich. Wer das Werk zu machen übernimmt, vermiethet seine Dienste (»locat operas«), aber zugleich »conducit opus faciendum«, d. h. er miethet gleichsam das zu verfertigende Werk; Der, dem das Werk zu machen ist, miethet die Dienste des Anderen (conducit operas), aber zugleich »locat opus faciendum«, er giebt das Werk in Verdingung. D. 19, 2 locat. l. 22 § 2 l. 36 l. 51 § 1 l. 11 § 3 l. 19 § 7 l. 25 § 7; 50, 16 de V. S. l. 5 § 1. Man muß aber hier unterscheiden:

1) Wenn der Besteller seine Materialien zur Verfertigung des Werkes so giebt, daß es gerade aus ihnen gemacht werden soll: so kommen ganz die Miethgrundsätze zur Anwendung. Denn der Vertrag ist dann eben eine Dienstmiethe. I. 3, 24 h. t. § 4 a. E.; D. 19, 2 h. t. l. 2 § 1 a. E., Arndts § 315.

2) Wenn der Besteller Sachen zur Bearbeitung giebt, um Etwas daraus machen zu lassen, z. B. aus altem Silber Sporen machen läßt, aber dem Arbeiter gestattet, die Arbeit aus dem gegebenen oder aus anderem gleich gutem Material zu machen: so wird der conductor operis, wenn er die ihm eingeräumte Ermächtigung annimmt, Eigenthümer der empfangenen fungibeln Sache, trägt ihre Gefahr und muß jedenfalls die neue Sache für den Lohn liefern.

3) Läßt Jemand Etwas für sich von einem Anderen so machen, daß der Arbeiter das Material dazu geben soll, z. B. Stiefel vom Schuster aus dessen Leder: so ist der Vertrag gar kein Miethvertrag, sondern ein Kauf; s. die Stellen unter Nr. 1 und D. 18, 1 de C. E. l. 20 l. 65. Natürlich trägt aber hier der Käufer erst die Gefahr von der Zeit an, an welcher ihm die Sache überliefert oder von ihm genehmigt wird. Eine Ausnahme bildet der Fall, wenn

der Besteller sich Etwas an seiner Hauptsache machen, z. B. auf seinem eigenen Grund und Boden sich Etwas von einem Dritten um eine Aversalsumme so bauen läßt, daß der Dritte das Material dazu geben soll. In einem solchen Falle erwirbt der Besteller das Material, sobald es mit seiner Hauptsache verbunden, z. B. auf seinen Grund und Boden verbaut ist, iure accessionis ins Eigenthum (D. 6, 1 de R. V. l. 39 pr.), und der Vertrag ist eine locatio conductio operis. D. 19, 2 h. t. l. 22 § 2.

Lex Rhodia de iactu.

§ 210.

(Arndts § 316[1].)

Eine lex Rhodia bestimmte[2], daß, wenn ein Schiff zu Wasser in Gefahr kommt und zu seiner Rettung Sachen von der Ladung (merces) über Bord geworfen werden, der Schaden von allen bei der Gefahr Betheiligten gemeinsam getragen werden soll; also vom Schiffer, dessen Schiff gerettet wurde, und von Denen, welche Sachen an Bord hatten.

Der dieser lex zu Grund liegende Gedanke war, bei solchen Gefahren müsse Jeder sich gefallen lassen, daß seine Sachen zur Abwendung der gemeinsamen Gefahr geopfert werden; es sei aber gerecht, daß, wenn die gleiche gemeinsame Gefahr durch Aufopferung von Sachen der Bedrohten abgewendet wurde, auch das Opfer ein gemeinsames sein solle, daß also Jeder, dessen Sachen gerettet wurden und der Beschädigte selbst nach dem Verhältnis des Werths ihrer Sachen am Schaden zu tragen habe. Die lex Rhodia wurde von den Römern recipirt und noch erweitert. Denn sie spricht bloß von einer Rettung des Schiffes vom drohenden Untergang durch Auswerfen (iactus) eines Theils der Ladung. Ganz im Geiste der lex wurde ihre Bestimmung durch Interpretation auch auf andere Fälle bezogen[3].

Ob die Gefahr eine Seegefahr ist, oder auf einem Fluß oder Binnensee eintrat, ist gleichgültig[4].

Die Ausgleichung geschieht auf die Weise, daß der Werth der (durch das Opfer) geretteten Sachen nach ihrem Verkaufswerth und

---

[1] Arndts stellt in § 316 zu dem Miethverhältnis aus dem am Ende des § angegebenen Grunde auch noch die Bestimmungen der lex Rdodia de iactu.

[2] Nach D. h. t. 14, 2.

[3] Windscheid Pand. § 403 Note 5. Vgl. Deutsches Handelsgesetzbuch Art. 702—735.

[4] Vgl. Sintenis Civilr. II § 118 bei Note 169 ff.

auch der Betrag der ausgeworfenen Sachen (deren Eigenthümer ja auch durch die Rettung des Schiffs gewinnen, weil sonst auch sie Alles verloren hätten) nach ihrem Einkaufspreis (Aufwand) berechnet und darauf der Betrag der gebrachten Opfer repartirt wird[5].

Eine Ausdehnung dieser Bestimmung (der lex Rhodia) auf andere ähnliche Fälle ist wohl zulässig, weil sie auf allgemeine Grundsätze der aequitas sich stützt, und deßhalb dehnten sie auch schon die römischen Juristen auf den Fall aus, wenn ein Schiff durch Aufopferung von Sachen von einem Seeräuber losgekauft wurde[6], ferner wenn Sachen im Schiff durch das Überbordwerfen anderer Sachen beschädigt wurden[7].

Man kann sie daher auch bei Landgefahren anwenden, z. B. wenn ein Postwagen von Räubern angehalten wird und Einer der Reisenden den Wagen von Plünderung loskauft[8], oder sie durch Aufopferung von Sachen einzelner Reisenden abgewendet wird; oder wenn im Kriege auf eine Stadt Kontribution gelegt wird und Einige der Bewohner wenden sie durch Leistungen oder Übernahme von der Stadt ab[9].

Man darf sie aber nicht auf Fälle anwenden, in welchen sich gar nicht sagen läßt, was gerettet und wie weit die Gefahr gegangen ist, z. B. wenn bei einer Feuersbrunst mir mein Haus eingerissen wurde, um dem Brand Einhalt zu thun. Eben so wenig kann, wenn im Kriege ein einzelner Ort oder ein einzelnes Haus geplündert wird oder sonst in Nachtheil kommt, der Beschädigte von den Nichtbeschädigten Ersatz verlangen; denn der Umstand, daß Jemanden ein Unglück trifft, begründet noch keine Ersatzklage gegen Andere[10].

Gesellschaftsvertrag.

§ 211.

(Arndts §§ 317—319.)

Societas (Gesellschaftsvertrag) ist eine vertragsmäßige Vereinigung Mehrerer zu gemeinsamen Zwecken, die durch

[5] D. h. t. l. 2 § 2, l. 4 pr. § 1, l. 5 pr. Sind Einzelne unfähig, den auf sie repartirten Beitrag zu zahlen, so fällt dieser eben aus; er ist also nicht auf die anderen Beitragspflichtigen umzulegen. D. h. t. l. 2 § 6.

[6] D. l. c. l. 2 § 3. [7] D. l. c. l. 4 § 2.

[8] Nicht: wenn der Räuber Einzelne oder Alle direkt ausplündert.

[9] Hier würde auch die actio negotiorum gestorum contraria zulässig sein.

[10] Jhering Jahrbücher f. Dogm. Bd. X S. 347 ff. Thibaut im Arch. für civ. Praxis. Bd. VIII S. 146.

gegenseitige Leistungen realisirt werden sollen[1]. Herauszuheben ist Folgendes:

1) Die Societät ist ihrem Wesen nach ein entgeltlicher Vertrag; die Genossen müssen sich, wenn der Vertrag eine Societät sein soll, zu gegenseitigen Leistungen verpflichten, sei es in Geld oder Geldeswerth oder in Diensten. Eine societas donationis causa daher, d. h. wenn verabredet wurde, Einer der Genossen solle Antheil (nicht am Verlust, sondern bloß) am Gewinn haben, ohne irgend Etwas zu leisten, auch nicht einmal Dienste, ferner die societas leonina (Löwengesellschaft), d. h. wenn ein Genosse allen Gewinn allein bekommen, der andere aber an den Lasten mittragen soll[2], ist als Societät ungültig[3]. Aber natürlich können solche Verträge als Schenkung ganz gültig sein, wenn die Partieen eine Schenkung beabsichtigten und die Erfordernisse einer Schenkung vorlagen[4].

2) Am Gewinn und am Verlust trifft jeden socius in der Regel ein gleicher Theil (Kopftheil, pars aequalis)[5]. Natürlich aber können die socii es auch anders verabreden. Dies ist namentlich der Fall, wenn sie überein kommen, der Antheil eines Jeden solle nach billigem Ermessen (arbitrio boni viri) festgesetzt werden; dies heißt dann so viel: der Antheil solle nach der Größe der Beiträge, die Jeder machte, und nach dem Umfang und Werth seiner Dienste bestimmt werden[6].

3) Eine Societät ist keine juristische Person[7]. Die Gläubiger der Gesellschaft und ihre Schuldner haben es daher nicht mit der Gesellschaft als eine Person zu thun, sondern nur mit den Gesellschaftern, mit den einzelnen Genossen[8].

---

[1] Die Grundsätze hierüber s. bei Arndts §§ 317—319.

[2] D. pro socio 17, 2 l. 29 § 2.

[3] Arndts § 317 Note 1 und Anm. 1.

[4] Arndts § 317 Anm. 2. Bangerow Pand. § 651 Anm. 1.

[5] Arndts § 317 Note k. Bangerow Pand. § 655.

[6] Arndts § 317 Anm. 3 und unten Beil. I Nr. I. — Immer ist aber anzunehmen, daß die Quote, welche für den Antheil am Gewinn bestimmt wurde, auch vom Antheil am Verlust gilt. — Über die Theilung bei der Societät s. Beil. I Nr. II u. III.

[7] Vgl. oben § 54 Nr. I (Th. I S. 239).

[8] Hier gelten dann die oben in § 167 f. und § 83 ff. (Th. I S. 407 f.) ausgeführten Grundsätze über Theilnahme Mehrerer an einer Forderung oder an einer Schuld und über Kontrahiren in eigener Person oder durch Stellvertreter.

Aber bei uns sind diese Grundsätze durch das Handelsgesetzbuch (Art. 110 ff. bei Handelsgesellschaften wesentlich geändert, theils durch Einführung einer solida-

Beilage I. Gewinn und Verlust.

Die Vertheilung des Gewinns bei einer Societät und die Ausgleichung des Verlustes kann, wenn es verabredet wird, auch *während* des Bestehens der Gesellschaft von Zeit zu Zeit vorgenommen werden (besondere Bestimmungen hierüber bei Handelsgesellschaften s. im Deutschen Handelsgesetzbuch Art. 106—108), jedenfalls aber muß es bei der Auflösung der Gesellschaft geschehen. In beiden Fällen entscheiden folgende Grundsätze:

I. Die Frage, welchen *Antheil* Jeder an Gewinn und Verlust haben soll, bestimmt sich natürlich zunächst nach Dem, was bei der Eingehung des Vertrages festgesetzt wurde, wobei nur zu beobachten ist, daß unter *Gewinn* immer nur der *reine* Gewinn (nach Abzug des Verlustes der betreffenden Periode) und unter *Verlust* nur der *reine* Verlust (nach Abzug des auf der anderen Seite Gewonnenen) zu verstehen ist D. 17, 2 h. t. l. 30; l. 3, 25 h. t. § 2.

II. So weit nicht Anderes verabredet ist, bekommt bei der Auflösung der Societät zunächst der Genosse, welcher Kapitalien, Gelder oder andere Dinge zu dem Zwecke einschoß, damit sie gleichsam den *Grundstock* für das Geschäft bilden und den Genossen gemeinsam gehören sollen, den Werth dieser Gegenstände. Vgl. *Bangerow* Pand. III S. 488. Diesen Werth kann er auch dann verlangen, wenn das Hergegebene durch Zufall zu Grunde ging, weil die Societät ihm den *Werth* schuldet (etwas Anderes wäre es, wenn er eine Sache bloß zum gemeinsamen *Gebrauch*, z. B. einen Speicher, hergab; geht diese durch Zufall zu Grunde: so haben ihm die Genossen Nichts zu ersetzen, weil er nur auf Zurückgabe der geleisteten konkreten Sache ein Recht hat, aber *species* debita casu perit ei, cui debetur D. 17, 2 h. t. l. 58 pr. § 1, s. auch meine Ausführung im civilistischen Archiv XV S. 206 f.). — Ergiebt sich ein Verlust, reicht namentlich das Vermögen nicht zur Erstattung jenes Grundstammes, oder ergiebt sich ein Gewinn, d. h. übersteigt es denselben: so trifft dieser Verlust oder Gewinn die Genossen zu den Antheilen, die ihnen überhaupt an der Societät zukommen, also, wenn nicht Anderes verabredet ist, zu *gleichen* Theilen. *Arndts* § 317, *Bangerow* l. c. S. 497 ff., so auch das Deutsche Handelsgesetzbuch Art. 109.

III. Auf die Ermittelung Dessen, was jeder Genosse hiernach zu fordern oder zu zahlen hat, und auf die Auseinandersetzung des ganzen Verhältnisses und Herausgabe Dessen, was Jeder dem Anderen hiernach zu ersetzen hat, und auf Ersatz des Schadens, den ein Genosse durch dolus oder culpa der Societät zufügte, geht die *actio* »pro socio« D. h. t. l. 31—33 l. 43—50 l. 65 § 13—15. Wenn aber eine *Sache* reell zu theilen ist, z. B. die Gesellschafter kauften ein Haus und es ergiebt sich bei Auflösung der Gesellschaft gerade dieses Haus als Gewinn, so daß jedem Genossen eine Quote daran gehört und sie nun mit einander in einer communio pro indiviso stehen, der eine Genosse will aber reelle Theilung der Sache: so hat er zu diesem Zwecke nicht die actio »pro socio« anzustellen (diese würde er anzustellen haben, wenn er mit den Genossen über die *Größe* des Antheils, den er nach dem Societätsverhältnis am Hause anzusprechen habe, im Streit ist), sondern die gewöhnliche Theilungsklage, die actio »communi dividundo« D. h. t. l. 43; 10, 3 comm. div. l. 1. 2 pr. l. 3.

---

tischen Haftung der socii gegen Dritte (s. oben § 177 Nr. II Lit. C), theils in anderen Beziehungen, wodurch sich die Societät sehr einer juristischen Person nähert (s. das Handelsrecht).

Über die *Aufhebung* einer Societät s. *Arndts* § 319; über die Vermögenstheilung nach Aufhebung der Societät und die Klagen bei der Societät s. unten *Beil.* I.

Über das Besondere, was bei *Aktiengesellschaften*, *Produktivgenossenschaften* und dauernden socialen *Vereinen* bei uns gilt, s. oben § 54 Nr. IV (Th. I S. 243 f.).

Beilage II. Societas omnium bonorum.

Wenn Mehrere mit einander eine Societät dahin eingehen, daß ihr gesammtes Vermögen gemeinsam sein soll (»societas omnium bonorum«): so bestimmt sich ihr Verhältnis nach folgenden Grundsätzen:

1) Über die Antheile der Genossen am gemeinsamen Vermögen gilt, wenn nicht Anderes verabredet ist, die Regel, die überhaupt bei Societäten im Zweifel maßgebend ist, d. h. es kommt Jedem am gemeinsamen Vermögen ein Kopftheil zu (D. 17, 2 h. t. l. 29 pr.), und zwar gilt dies von dem gesammten vorhandenen Vermögen ohne Rücksicht auf die Größe seiner Einlage, d. h. was ein Genosse zur Zeit der Eingehung der Gesellschaft in Vermögen hatte und in die Gesellschaft brachte, kann er nicht als Voraus verlangen, weil ja alles vorhandene und alles künftige, während der Dauer der Genossenschaft zu erwerbende, Vermögen gemeinsam sein soll, seien es Aktiva oder Passiva; es sind daher

2) alle Bedürfnisse der einzelnen Genossen, die Kosten der Erhaltung der Familie, Erziehung der Kinder u. s. w. ohne Rücksicht auf Gleichheit oder Ungleichheit der Verhältnisse aus dem gemeinsamen Vermögen zu bestreiten D. h. t. l. 73; 10, 2 fam. herc. l. 39 § 3; Arndts § 318 Note g. h.; Glück Komm. XV S. 383 f.

3) Die Gemeinsamkeit des Vermögens tritt aber nicht ipso iure durch eine Universalsuccession ein; auch die societas omnium bonorum begründet bloß eine Singularsuccession und zwar in folgender Weise: a. Jeder Genosse ist verbunden, von dem Vermögen, das er bei Eingehung der Societät hat, dem anderen einen Kopftheil zu übertragen; das Eigenthum an seinen Sachen geht also zu diesem Kopftheil erst durch Tradition über; nur wird angenommen, daß Das, was Jeder an Sachen bei Eingehung der Societät im Eigenthum hat, durch Abschluß der Societät in Folge eines constitutum possessorium den Anderen pro rata tradirt sei (s. oben § 126 Beil. a. E.). Die Forderungen, die jeder Genosse einbringt, muß er den Anderen pro rata abtreten D. h. t. l. 3 pr.; s. auch Hasse civilist. Arch. V. S. 32 f. — b. Was ein Genosse später erwirbt, z. B. durch Kauf, Schenkung, Erbschaft, fällt zunächst bloß ihm zu; aber vermöge der Societät hat er die Verpflichtung, das Erworbene verhältnismäßig seinen Genossen mitzutheilen. D. h. t. l. 73 l. 74 l. 52 § 16; das Miteigenthum an den Sachen daher, die er erwirbt, erhalten seine Genossen nur dadurch, daß er ihnen die Sachen zu ihrem Theile tradirt, wozu sie ihn mit der actio pro socio anhalten können l. 74 cit. — c. Wegen der Schulden, die ein Genosse in die Societät bringt, haben sich seine Gläubiger bloß an ihn zu halten; aber er kann von seinen Genossen verlangen, daß die Schulden von dem Gemeinsamen bezahlt werden. Ebenso ist es mit den Schulden, die der einzelne Genosse während der Societät macht; der Gläubiger kann sich bloß an ihn halten (wenn nicht ein Grund vorliegt, aus dem der Gläubiger nach allgemeinen Grundsätzen gegen die übrigen Genossen klagen kann, z. B. wenn im Auftrag der Genossen gehandelt wurde); er aber kann von den Genossen die Mittel zur Bezahlung der Schuld aus dem Gemeinsamen beanspruchen D. h. t. l. 27. Von dem Grundsatze, daß alle Verbindlichkeiten gemeinsam zu decken sind, macht aber der Fall eine Ausnahme, wenn ein Genosse durch Delikt oder Spiel oder Fahrlässigkeit Verbindlichkeiten kontrahirte oder der Genossenschaft einen Schaden zufügte. Diese muß er, wenn nicht seine Genossen daran Theil nahmen, allein tragen; natürlich aber kann er verlangen, daß es zunächst aus dem Gemeinsamen, jedoch nur, so weit sein Antheil reicht, bestritten werde, und er muß daher bei der Endtheilung es sich von seinem Kopftheil abziehen lassen. D. h. t. l. 52 § 17, 18 l. 53—56 l. 59 § 1. Arndts § 318 zweiter Absatz.

Beilage.

Unter der Bezeichnung aleatorischer Verträge (»pacta, quae aleam continent«) faßt man alle Verträge zusammen, deren Erfolg von einem Glücksfalle oder zufälligen Ereignisse mehr oder minder abhängt. Ein solches aleatorisches Moment thut an sich in der Regel der Gültigkeit des Vertrags keinen Eintrag, und kann mit den verschiedensten Verträgen verbunden werden. Vgl. Arndts § 236. Besonders aber gehören hierher das Spiel und die Wette, deren Zweck und Wesen in Wagnis besteht.

Das Spiel um Geld oder Geldeswerth ist ein bestimmten Regeln unterworfenes Geschäft, bei dem über Gewinn oder Verlust entschieden werden soll durch den vom Zufall oder von der Geschicklichkeit der Theilnehmer oder von Beidem zugleich abhängenden Ausfall einer zu diesem Zwecke unternommenen Thätigkeit; Spielvertrag ist der Vertrag über die Vornahme des Spiels und über die bei demselben zu beobachtenden Regeln und zu machenden Leistungen.

Wette dagegen (»sponsio«) ist eine Übereinkunft, vermöge deren die Partieen bei einem Widerstreit ihrer Ansichten und Behauptungen über ein vergangenes oder künftiges Ereignis einander zusagen, daß Derjenige, dessen Behauptung als unrichtig sich zeigt, dem Anderen eine Leistung machen soll.

In privatrechtlicher Beziehung gilt über das Spiel Folgendes: 1. Nach römischem Recht ist der Spielvertrag (außer wenn bloß Übung körperlicher Kraft und Gewandtheit der Zweck ist D. 11, 5 de aleator. l. 2 § 1) ungültig; es entsteht aus ihm also keine Obligation und zwar so, daß selbst wenn der Verlierende im Bewußtsein, Nichts zu schulden, zahlt, er doch das Gezahlte mit einer condictio sine causa zurückfordern kann. D. l. c. l. 2—4. Diese Zurückforderungsklage verjährt, wie in der Regel andere Klagen, in 30 Jahren. Zwar behauptet man gewöhnlich, sie verjähre erst in 50 Jahren wegen C. 3, 43 h. t. cst. 3. Allein diese justinianische Konstitution ist, wie alle übrige Stellen in dem angeführten Kodextitel, in welchen Justinian noch verschiedene Bestimmungen über Spiele traf, gar nicht glossirt. Auch die häufige Behauptung, daß wer einem Anderen Geld zum Spiele leihe, das Darlehn verwirke, läßt sich nicht begründen; denn keine Quellenstelle sagt es und aus allgemeinen Grundsätzen folgt es nicht. 2. Der römische Grundsatz der Ungültigkeit der Spielverträge gilt gemeinrechtlich auch bei uns, jedoch mit einer bedeutenden Modifikation. Denn nach deutschem Gewohnheitsrecht kann das beim Spiele selbst baar Bezahlte nicht zurückgefordert werden. Wilda Zeitschrift für deutsches Recht Bd. II S. 180 f. 186. Dagegen ist jedes Spiel auf Borg, überhaupt jedes Spiel, bei dem nicht sofort bezahlt wird, so unwirksam, daß das Verlorene, wenn es später gezahlt wird, mit der condictio sine causa zurückgefordert werden kann und natürlich die Forderung aus dem Spiel weder durch Klage noch durch Einrede verfolgbar ist.

Die Wettverträge dagegen sind ganz gültig und klagbar (denn es ist eine ganz irrige Auffassung der Wetten, wenn Manche, wie Puchta Vorlesungen § 258, sie wie Spiele behandeln wollen und die Spiele für „Komplexe zusammenhängender Wetten" halten!), außer sie würden über eine res turpis oder über den Ausgang eines Spiels geschlossen, in welchem Falle die oben unter Nr. 2 angeführten Grundsätze eintreten, wenn nicht das Spiel ein lusus virtutis ist, d. h. in einer bloßen Kraft- oder Kunstübung besteht, D. 11, 5 h. t. l. 3 a. E. l. 1 § 1; v. Bangerow III S. 536—539. Nur ist es eine willkürliche und die betreffenden Begriffe verwirrende Behauptung Bangerows a. a. O., daß die Wette bei gewinnsüchtigen Motiven der Wettenden oder wenn um eine große Summe gewettet werde, in ein Spiel übergehe, auch läßt es sich nach gemeinem Recht nicht rechtfertigen, wenn Viele behaupten, daß bei hohen Wetten der Richter ein Moderationsrecht habe.

einig, ihn so zu theilen, daß der A. den ganzen Acker bekommt, und dem B. 300 M. zahlen soll: so ist dies nichts Anderes als ein Kauf, d. h. der B. verkauft seine Hälfte am Acker um 300 M. an den A.; C. 3, 38 comm. utriusque iud. cst. 1; theilen sie dagegen so, daß der Acker durch eine Grenze in zwei kleinere, gleichgroße Grundstücke abgetheilt und das eine dem A., das andere dem B. ausschließlich gehören soll: so ist der Vertrag ein Tausch, d. h. der A. giebt seine Hälfte an dem Grundstück, welche der B. bekommt, dem B. für die Hälfte, die diesem an dem Theile, den der A. nun ausschließlich bekommt, zustand. Ein solcher Theilungsvertrag ist daher in Beziehung auf seine rechtlichen Wirkungen, Einfluß des Irrthums, Betrugs u. dergl., ganz nach den Grundsätzen zu beurtheilen, welche bei oneroſen Veräußerungsverträgen überhaupt, und wenn der Vertrag ein Kauf oder Tausch ist, insbesondere bei diesen gelten. Hiernach entscheidet sich auch die Streitfrage, ob, wenn der eine Theilhaber aus Irrthum über den Werth der zu theilenden Sache bei der Theilung verletzt wird, die Theilung von ihm angefochten werden könne. Viele behaupten nämlich, daß in einem solchen Falle wegen jeder irgend erheblichen Verletzung eine Anfechtung der Theilung wegen Irrthums zulässig sei, und stützen Dieses auf C. l. c. cst. 3, so z. B. Glück Pand. XI S. 95—106, auch Arndts § 320 bei Note q. Puchta Pand. und Vorlesungen § 373. Allein es wäre eine große Inkonsequenz, wenn die Quellen hier andere Grundsätze festsetzen würden, als bei oneroſen Veräußerungsverträgen überhaupt. Bei diesen aber ist es Grundsatz, daß die Partie, welche aus Irrthum über den Werth des Gegenstandes zu theuer zahlte oder zu wohlfeil weggab, sich auf diesen Irrthum gar nicht berufen kann, außer wenn die erlittene Verletzung eine sog. enorme ist (s. oben § 207). Die cst. 3 cit. spricht auch in der That eine Abweichung von diesem Grundsatze nicht aus; sie ist ein Reskript, in welchem lediglich auf Das verwiesen wird, was überhaupt bei entgeltlichen Veräußerungsverträgen gelte: wir müssen sie also lediglich im Sinne des bestehenden Rechts nehmen, also auch auf vertragsmäßige Theilungen den angegebenen Grundsatz anwenden. Allerdings aber kann, was gewöhnlich nicht beachtet wird, das »perperam« in der cst. 3 cit. noch eine andere Beziehung haben, in welcher jeder Irrthum zu beachten sein würde. Es kann nämlich der Irrthum sich auf die Art und Weise der Ausführung der Theilung (nicht auf den Werth des zu Theilenden) beziehen, und dann kann die verletzte Partie zwar nicht die Theilung selbst anfechten, aber doch eine Rektifikation des irrig Geschehenen verlangen, z. B. wenn verabredet wird, daß das gemeinschaftliche Grundstück in zwei gleiche Theile abgetheilt und jedem Theilnehmer einer dieser Theile ausschließlich eingeräumt werde, bei der Abtheilung aber irrig gemessen und dem einen Theilnehmer einige Meter zu viel zugemessen werden. Ein solches perperam factum ist stets zu rektificiren.

Spiel- und Wettvertrag.

§ 213.

Diese Verträge sind in so fern entgeltliche, als jede Partie das Risiko übernimmt, eventuell sich zu einer Leistung verpflichtet; sie sind aber in so fern nicht eigentlich zweiseitige, als, wenn es zur Leistung kommt, nur eine Partie zu leisten hat, ohne eine Gegenleistung zu erhalten [1].

[1] Doch ist dies anders bei dem Ausspielgeschäft. — Über diese Verträge vgl. besonders die sehr gute Abhandlung von Krügelstein Über den (begrifflichen) Unterschied zwischen Spiel und Wette. Leipzig 1869.

Beilage.

Unter der Bezeichnung *aleatorischer* Verträge (»pacta, quae aleam continent«) faßt man alle Verträge zusammen, deren Erfolg von einem Glücksfalle oder zufälligen Ereignisse mehr oder minder abhängt. Ein solches aleatorisches Moment thut an sich in der Regel der Gültigkeit des Vertrags keinen Eintrag, und kann mit den verschiedensten Verträgen verbunden werden. Vgl. Arndts § 236. Besonders aber gehören hierher das *Spiel* und die *Wette*, deren Zweck und Wesen in Wagnis besteht.

Das *Spiel* um Geld oder Geldeswerth ist ein bestimmten Regeln unterworfenes Geschäft, bei dem über Gewinn oder Verlust entschieden werden soll durch den vom Zufall oder von der Geschicklichkeit der Theilnehmer oder von Beidem zugleich abhängenden Ausfall *einer zu diesem Zwecke unternommenen Thätigkeit*; Spielvertrag ist der Vertrag über die Vornahme des Spiels und über die bei demselben zu beobachtenden Regeln und zu machenden Leistungen.

Wette dagegen (»sponsio«) ist eine Übereinkunft, vermöge deren die Partieen bei einem Widerstreit ihrer Ansichten und Behauptungen über ein vergangenes oder künftiges Ereignis einander zusagen, daß Derjenige, dessen Behauptung als unrichtig sich zeigt, dem Anderen eine Leistung machen soll.

In *privatrechtlicher* Beziehung gilt über das *Spiel* Folgendes: 1. Nach *römischem* Recht ist der Spielvertrag (außer wenn bloß Übung körperlicher Kraft und Gewandtheit der Zweck ist D. 11, 5 de aleator. l. 2 § 1) ungültig; es entsteht aus ihm also keine Obligation und zwar so, daß selbst wenn der Verlierende im Bewußtsein, Nichts zu schulden, zahlt, er doch das Gezahlte mit einer condictio sine causa zurückfordern kann. D. l. c. l. 2—4. Diese Zurückforderungsklage verjährt, wie in der Regel andere Klagen, in 30 Jahren. Zwar behauptet man gewöhnlich, sie verjähre erst in 50 Jahren wegen C. 3, 43 h. t. cst. 3. Allein diese justinianische Konstitution ist, wie alle übrige Stellen in dem angeführten Kodextitel, in welchen Justinian noch verschiedene Bestimmungen über Spiele traf, *gar nicht glossirt*. Auch die häufige Behauptung, daß wer einem Anderen Geld zum Spiele leihe, das Darlehn verwirke, läßt sich nicht begründen; denn keine Quellenstelle sagt es und aus allgemeinen Grundsätzen folgt es nicht. 2. Der römische Grundsatz der Ungültigkeit der Spielverträge gilt gemeinrechtlich auch bei uns, jedoch mit einer bedeutenden Modifikation. Denn nach deutschem Gewohnheitsrecht kann das beim Spiele selbst *baar* Bezahlte *nicht* zurückgefordert werden. *Wilda* Zeitschrift für deutsches Recht Bd. II S. 180 f. 186. Dagegen ist jedes Spiel auf Borg, überhaupt jedes Spiel, bei dem nicht sofort bezahlt wird, so unwirksam, daß das Verlorene, wenn es *später* gezahlt wird, mit der condictio sine causa zurückgefordert werden kann und natürlich die Forderung aus dem Spiel weder durch Klage noch durch Einrede verfolgbar ist.

Die *Wettverträge* dagegen sind ganz gültig und klagbar (denn es ist eine ganz irrige Auffassung der Wetten, wenn Manche, wie *Puchta* Vorlesungen § 258, sie wie Spiele behandeln wollen und die Spiele für „Komplexe zusammenhängender Wetten" halten!), außer sie würden über eine res turpis oder über den Ausgang eines Spiels geschlossen, in welchem Falle die oben unter Nr. 2 angeführten Grundsätze eintreten, wenn nicht das Spiel ein lusus virtutis ist, d. h. in einer bloßen Kraft- oder Kunstübung besteht, D. 11, 5 h. t. l. 3 a. E. l. 1 § 1; v. *Bangerow* III S. 536—539. Nur ist es eine willkürliche und die betreffenden Begriffe verwirrende Behauptung *Bangerows* a. a. O., daß die *Wette* bei gewinnsüchtigen Motiven der Wettenden oder wenn um eine große Summe gewettet werde, *in ein Spiel* übergehe, auch läßt es sich nach gemeinem Recht nicht rechtfertigen, wenn Viele behaupten, daß bei hohen Wetten der Richter ein Moderationsrecht habe.

Zweites Kapitel. Obligationen aus Delikten*.

Das furtum.

§ 214.

(Arndts § 323.)

Von Vielen wird furtum durch Diebſtahl überſetzt. Allein dies iſt falſch; denn das furtum hat einen viel weiteren Umfang, als der deutſche Diebſtahl; man könnte es eher durch Entwendung überſetzen. Der Diebſtahl des deutſchen Rechts iſt nur ein Fall des furtum; denn zu dem römiſchen furtum gehört z. B. auch noch Unterſchlagung, Raub, widerrechtliche Gebrauchsanmaßung, Beſitzentwendung (an einer beweglichen Sache) ꝛc.[1].

Bei der Frage nach der praktiſchen Bedeutung des weiteren Begriffs des römiſchen furtum bei uns muß man unterſcheiden:

I. ſeine ſtrafrechtliche Bedeutung, nämlich

1) die Frage, ob und welche öffentliche Strafen wegen der zum furtum gehörigen Handlungen eintreten[2].

2) Nach römiſchem Recht konnte der durch ein furtum Verletzte auf eine an ihn zu zahlende Privatſtrafe gegen den fur und die Gehilfen und Hehler klagen[3].

II. Die privatrechtliche Bedeutung des furtum. Was das römiſche Recht über die Folgen des furtum beſtimmt, iſt, ſo weit ſie nicht in Strafen beſtehen, bei uns gültig; es iſt alſo in dieſer Hinſicht der Begriff des römiſchen furtum noch ganz praktiſch. Dieſe Folgen ſind:

---

* Das Gemeinſame über Delikte mußte ſchon im allgemeinen Theil entwickelt werden. Über den Begriff und die Erforderniſſe der Delikte im engern Sinn ſ. oben § 85 (Th. I S. 440). — Über die allgemeine Folge jedes Delikts — die Verbindlichkeit zum Schadenerſatz und zur Erſtattung des Entzogenen und über die bei einzelnen Delikten geltende Privatſtrafe ſ. oben § 89 (Th. I S. 461 f.). Im Folgenden iſt noch das Beſondere zu entwickeln, was bei den einzelnen Delikten gilt.

[1] Ferner: wiſſentliche Annahme einer Nichtſchuld — Das Nähere über dieſen Begriff aber gehört in das Kriminalrecht; ſ. meine Abhandlung im Rechtslexikon III S. 354 ff. — Die Lehre von den Injurien gehört lediglich ins Strafrecht.

[2] Dies gehört ins Kriminalrecht und hier iſt das römiſche Recht unpraktiſch.

[3] Mit der actio furti, welche bald auf den 2fachen, bald auf den 4fachen Betrag ſeines verletzten Intereſſes ging (Arndts l. c. Note f—l). Dieſe actio furti iſt bei uns unpraktiſch, da bei uns, wie im Kriminalrecht zu zeigen iſt, in den Fällen des furtum nicht mehr Privatſtrafen zuläſſig ſind.

1) Eine res furtiva iſt der ordentlichen Erſitzung entzogen[4].

2) Der fur iſt in perpetua mora, bis er das Entwendete erſtattet hat[5].

3) Der Eigenthümer der Sache hat bei jedem furtum eine sachverfolgende Klage gegen den fur, die condictio furtiva, auf Zurückgabe des Entwendeten und vollen Schadenerſatz[6]. Natürlich kann der Eigenthümer ſeine Sache auch von jedem dritten Beſitzer mit der rei vindicatio und von den Beſitzern, gegen welche die Publiciana zuläſſig iſt, wenn deren Requiſite vorliegen, mit dieſer herausfordern[7].

Endlich hat der bloße Beſitzer, dem die Sache entwendet wurde, gegen den fur und gegen den dritten Beſitzer, welcher die Sache an ſich brachte, während derſelbe wußte, daß ſie eine furtiva war, das remedium spolii[8].

Dagegen hatten andere durch das furtum Beſchädigte nach römiſchem Recht keine Klage gegen den fur auf Erſatz; ſie hatten nur das Recht auf Privatſtrafe (I. 2), wodurch ſie im Weſentlichen gedeckt waren. Da aber bei uns die Privatſtrafe weggefallen iſt, ſo muß man ihnen wenigſtens eine Erſatzklage ex delicto, etwa eine actio doli, gegen den fur geben[9].

III. Ein Fall des römiſchen furtum war auch der Raub (rapina), d. h. die widerrechtliche Zueignung fremder beweglicher Sachen durch Überwältigung von (abſolute Gewalt gegen) Perſonen. Der Beraubte hatte daher gegen den Räuber die angeführten Rechtsmittel ex furto[10].

---

[4] S. oben § 138. 139. [5] S. oben § 192 Lit. A II.

[6] Arndts l. c. Noten k—o. Vgl. oben § 128 Beil. Lit. F.

[7] I. de obl. quae ex del. 4, 1 § 19; D. de cond. furt. 13, 1 l. 7 § 2. Hierüber und über die Rechtsmittel des beſtohlenen Beſitzers einer Sache überhaupt ſ. oben § 128 Beil. Lit. F Nr. II.

[8] S. oben § 128 Beil. Lit. F. [9] Arndts § 323 letzter Abſatz.

[10] Er hatte aber auch noch die anderen Rechtsmittel, welche oben in § 128 Beil. Lit. F II 2 und § 126 Beil. Lit. B angeführt ſind; ferner gegen den Räuber eine beſondere actio vi bonorum raptorum auf den 4fachen Betrag des Geraubten, welche eine actio mixta war, indem ein simplum davon auf Zurückgabe und Erſatz ging und ein triplum Privatſtrafe war (I. vi bon. rapt. 4, 2 pr. § 2; D. e. t. 47, 8 l. 2 § 13. 26. Arndts l. c. Anm. 3. Vgl. oben § 89 Anm. 16). Bei uns tritt beim Raub ſtets öffentliche Strafe ein, nie Privatſtrafe. Es geht daher bei uns die actio vi bonorum raptorum nur auf ein simplum, d. h. auf die Zurückgabe des Geraubten und Erſatz und konkurrirt mit den unter II angeführten Rechtsmitteln nach den oben § 96 Beil. I Lit. A (Th. I S. 492 f.) ausgeführten Grundſätzen.

Damnum iniuria datum.

§ 215.

(Arndts § 324[1].)

Es handelt sich hier von widerrechtlichen positiven dolosen oder kulposen Handlungen, durch welche eine fremde Sache (körperliches Ding) direkt oder indirekt beschädigt oder vernichtet oder dem Berechtigten abhanden gebracht wird[2], oder eine Person körperlich beschädigt und ihr dadurch ein Vermögensschaden zugefügt wird. Einen auf diese Weise zugefügten Schaden nennt das römische Recht technisch: damnum iniuria datum.

Bloße Unterlassungen, d. h. wenn man von einem Andern einen Schaden nicht abwendet, gehören nicht hierher, da man für Unterlassungen, abgesehen von einer Obligation, in der man steht, nicht zu haften hat[3]. Sie gehören nur hierher, wenn eine positive Handlung voranging und man es unterläßt, dafür zu sorgen, daß ihre Folgen nicht einen Schaden für fremde Sachen oder Personen herbeiführen[4].

Von einem solchen damnum iniuria datum handelte eine lex Aquilia[5] und ihre späteren Erweiterungen. Es ist aber zu unterscheiden:

I. römisches Recht. Die lex Aquilia war zu knapp gefaßt; denn sie sprach bloß von gewissen Sachbeschädigungen[6] und gab bei ihnen bloß dem Eigenthümer der Sache eine Klage gegen den Thäter. Die Klage war in diesen Fällen die actio ex lege Aquilia directa[7].

Später aber wurde dieses Rechtsmittel auch auf andere Beschädigungen analog angewendet. Es wurde

---

[1] Vgl. besonders A. Pernice Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischem Recht. 1867.

[2] Ohne Aneignung von Seiten des Verletzenden.

[3] S. oben § 86 Nr. I (Th. I S. 442).

[4] S. oben § 87 Beil. I Nr. I 1 (Th. I S. 451). — I. de l. Aquil. 4, 3 § 5—8; D. e. t. 9, 2 l. 8, l. 27 § 9, l. 31; de usufr. 7, 1 l. 13 § 2.

[5] Ein Plebiscit, wohl aus der zweiten Hälfte des fünften oder erst aus dem sechsten Jahrhundert (vgl. Pernice l. c. S. 15).

[6] I. h. t. § 16 »si quis corpore suo damnum dedit«, d. h. unmittelbar durch körperliche Berührung eine fremde Sache vernichtete oder beschädigte.

[7] Weil die lex selbst für diese Fälle die Klage eingeführt hatte.

a. eine actio ex lege Aquilia utilis, d. h. nach Analogie der lex Aquilia, gegeben, wenn die Sache auf andere Weise, als durch unmittelbare körperliche Berührung (nicht »corpore«) beschädigt wurde, z. B. wenn man ein fremdes Thier einsperrt und verhungern läßt, ein Schaf in den Abgrund jagt. Ferner wurde sie auch Dem ertheilt, der ein ius in re, z. B. einen Nießbrauch an der (beschädigten) Sache hat (wenn er durch ihre Beschädigung Schaden litt); ferner in dem Falle, wenn nicht eine fremde Sache, sondern eine freie Person körperlich verletzt wurde.

b. Außerdem gab noch zu weiterer Ergänzung der Prätor eine actio in factum nach den Grundsätzen der lex Aquilia, wenn nicht corpori geschadet, aber auf andere Weise der Berechtigte durch eine positive Handlung um die Sache gebracht wurde, z. B. wenn man einen fremden Vogelbauer öffnet und der Vogel davon fliegt, oder man eine Sache in den Fluß wirft. Auch wurde diese Klage dem bonae fidei possessor der (beschädigten) Sache gegeben; ferner dem Pachter (einer Sache) wegen Beschädigung der Früchte[8].

Diese drei Klagen aber waren in den materiellen Rechtsgrundsätzen nicht verschieden[9]; deßhalb bezeichnen wir sie überhaupt eben durch aquilische Klage.

Die aquilische Klage geht auf Ersatz des gesammten Interesses[10]. Sie ging aber unter Umständen noch weiter, auch auf eine Privatstrafe, war also dann und in so fern eine actio mixta[11]. Nur hing ihr pönales Moment von rein Zufälligem ab. Es konnte nämlich der Ersatz verlangt werden nach dem höchsten Werthe, den die Sache zur Zeit der Beschädigung oder in einer gewissen ihr unmittelbar vorangegangenen Zeit gehabt hatte[12]. Es konnte also möglicher Weise weit

[8] Z. B. wenn der Garten, den N. gepachtet hatte, von Jemandem verwüstet wurde, so kann der Eigenthümer des Gartens wegen des verminderten Werths desselben mit der actio ex lege Aquilia directa klagen; der Pachter aber mit der actio in factum wegen der verdorbenen Früchte, s. I. h. t. 4, 3 § 16; D. h. t. 9, 2 l. 11 § 8. Arndts l. c. Noten c—g. Meine Erörterungen II S. 39. Dangerow Pand. § 618 Anm. 1 Nr. II.

[9] Die Verschiedenheit war bloß eine processualische, die schon im späteren römischen Rechte wegfiel, vgl. D. de neg. gest. 3, 5 l. 57 § 1. Die actio utilis und die actio in factum waren nichts Anderes, als reine Ausdehnungen der Grundsätze der l. Aquil. auf Beschädigungsfälle, die von der lex übergangen waren.

[10] In dem in oben § 172 ausgeführten Sinn. Arndts l. c. Note g.

[11] Vgl. oben § 89 Nr. II (Th. I S. 464 f.).

[12] Nämlich nach dem 1ten Kapitel der lex bei Tödtung von Sklaven oder vierfüßigen Herdenthieren der höchste Werth, den sie im vergangenen Jahre einmal hatten; in anderen

mehr gezahlt werden müſſen, als der durch die beſchädigende Handlung wirklich verurſachte Schaden betrug, nämlich, wenn die Sache in jener früheren Zeit mehr werth geweſen war, als zur Zeit der Beſchädigung[13]. Die aquiliſche Klage war alſo weſentlich actio rei persecutoria; ihr pönales Element war nur ein zufälliges; aber die römiſchen Juriſten wendeten auf ſie doch in Manchem die Grundſätze über Pönalklagen an[14], hauptſächlich weil im älteren römiſchen Recht öfters Erſatz mit Strafe verwechſelt wurde[15], und die Klage doch auch wirklich ein pönales Moment hatte.

II. Heutiges Recht. Bei uns ſind die aquiliſchen Klagen noch ganz praktiſch, nur mit Ausnahme ihrer pönalen Qualität und deren Konſequenzen; denn ihr pönales Moment wurde bei uns durch Gewohnheitsrecht abgeſchafft[16]. Es gilt daher bei uns die angeführte Rückwärtsrechnung nicht mehr; überhaupt iſt bei uns die Klage ganz als reiperſekutoriſche zu behandeln[17]. Sie geht daher bei uns eben auf Erſatz des durch die beſchädigende Handlung wirklich zugefügten Schadens und zwar des geſammten Intereſſes[18]. Gegen die Erben des Beſchädigers geht ſie bei uns ſo weit die Erbſchaft reicht[19]. Wenn Mehrere mit einander beſchädigten, ſo haftet bei uns Jeder in solidum[20]. Wird eine Perſon körperlich beſchädigt, ſo geht die Klage auf Erſatz der Kurkoſten, Entſchädigung für entgangenen Verdienſt durch Arbeit und nach deutſchem Rechte noch auf Schmerzensgeld. Wegen Verunſtaltung des Körpers aber kann man keinen Erſatz verlangen[21], außer ſo weit ſie etwa nachweisbar eine Verkümmerung im Erwerb und Fortkommen herbeiführen würde.

Auch nimmt die Praxis an, daß, wenn Jemand einen Andern dolo oder culpa tödtet, er von deſſen Frau und Kindern auf Erſatz

---

Fällen nach dem 3ten Kapitel der lex der höchſte Werth, den die Sache im vorangegangenen Monat hatte. S. Arndts l. c. zwiſchen Note o und p.

[13] Z. B. ein blind gewordenes Pferd.

[14] S. die Stellen bei Arndts l. c. Noten q. r und oben § 96 Beil. I Nr. V (Th. I S. 495).

[15] S. oben § 89 Beil. II (Th. I S. 469). — Über das secundum caput legis ſ. I. h. t. § 12; Gaius Inst. III 215.

[16] Mein Lehrbuch des Strafrechts § 202.

[17] S. oben § 96 Beil. I Lit. A Nr. V a. E. (Th. I S. 496).

[18] Nach den oben in § 172 ausgeführten Grundſätzen (lucrum cessans).

[19] S. oben § 89 Beil. I Nr. I 2 (Th. I S. 468).

[20] Auf die oben § 178 Nr. II 2 und III bemerkte Weiſe.

[21] Arndts l. c. Anm. 5.

wegen ihres Unterhalts belangt werden kann, so weit sie nicht sich selbst erhalten können und der Getödtete ihnen wirklich bis dahin den Unterhalt verschafft hatte.

Weitere Fälle von Obligationen aus Delikten*.

§ 216.

(Arndts §§ 325—333.)

Beilage I.

Wenn durch Werfen oder Gießen aus einem Gebäude Sachen oder Personen beschädigt werden: so kann der Verletzte natürlich gegen den Thäter mit der aquilischen Klage auf Ersatz klagen. Freilich wird ihm in den meisten Fällen diese Klage wenig helfen, da es ihm selten gelingen wird, den Thäter ausfindig zu machen und nachzuweisen. Er hat aber auch ein vom prätorischen Edikt hauptsächlich zur Förderung der Sicherheit der Wege eingeführtes (D. 9, 3 de his qui effuder. l. 1 § 1) Rechtsmittel, durch welches er auf eine einfachere und zuverlässigere Weise zum Ersatz seines Schadens kommen kann. Wenn nämlich aus einem Gebäude, sei es ein Wohnhaus oder ein Vorrathsgebäude u. dergl. (D. l. c. l. 5 § 3; in Beziehung auf Schiffe s. l. 6 § 3 eod.) Etwas auf einen öffentlichen oder sonst vom Publikum benutzten Weg oder Platz (D. 9, 3 h. t. l. 1 § 2; sei es bei Tag oder Nacht (l. 6 § 1 eod.) geworfen oder gegossen wird: so kann der dadurch Beschädigte eine Klage (actio de deiectis et effusis) gegen Den, der das Gebäude inne hat (der dann seinen Regreß gegen den wirklichen Thäter nehmen kann l. 5 § 4 eod.), nach folgenden Grundsätzen anstellen:

1) Der Inhaber des Gebäudes haftet für die That (»quasi ex delicto«) ohne alle Rücksicht darauf, ob ihn dabei eine Schuld trifft und wer auch der Thäter gewesen sein mag; er muß unbedingt die Handlung des Thäters vertreten I. 4, 5 de obl. quasi ex del. § 1; D. 9, 3 h. t. l. 1 pr. § 2, 4, 9; und zwar haftet zunächst, wer das Lokal, aus welchem geworfen oder gegossen wurde, zur Zeit der That inne hat, sei es der Eigenthümer oder ein Miethsmann ꝛc. D. h. t. l. 1 § 9 l. 5 pr. § 2, 3.

2) Haben Mehrere das Gebäude inne und es läßt sich nicht ausmitteln, aus wessen Lokal das Werfen ꝛc. geschah, oder geschah es aus einem von ihnen gemeinschaftlich benutzten Lokale: so a. haftet Jeder von ihnen für den ganzen Betrag der Klage in solidum; es liegt dann eine solidarische Obligation im engeren Sinne vor, bei welcher Derjenige, welcher das Ganze zahlt und dadurch Alle befreit, seinen Regreß gegen die Anderen zu ihren Kopftheilen hat, D. h. t. l. 1 § 10 l. 2—4 l. 5 § 1 a. E. — b. Wenn aber der Vermiether selbst den größeren Theil des Gebäudes oder der betreffenden Abtheilung benutzt: so haftet er im angegebenen Falle allein, l. 5 § 1 eod.

3) Gegen bloße Gastfreunde, die auf kurze Zeit unentgeltlich aufgenommen werden, und gegen Reisende, die nur vorübergehend in einem Gasthofe logiren,

---

* Hierüber s. Arndts l. c. Über die actio de deiectis et effusis s. unten die Beil. I. — Über Beschädigungen durch Thiere s. Beil. II. Über novi operis nunciatio und das interdictum quod vi aut clam s. oben § 146. Über die actio aquae pluviae arcendae s. oben § 119 Lit. C Nr. II 7. — Über die interdicta popularia s. oben § 89 a. E. (Th. I S. 466) und Windscheid Pand. § 467. — Über Gewalt und Drohungen s. oben § 187 Beil.; vgl. auch oben § 214 Nr. III. — Über gewaltsame Besitzentsetzung und über Arndts § 333 Anm. 3 s. oben § 128 Beil. Lit. C, Lit. F Nr. I und Nr. II. Über den Schluß der Anm. 2 (Arndts § 333) s. oben § 111 (Th. I S. 563 f.).

findet die Klage nicht statt; hier geht sie stets nur gegen den Wirth, D. h t. l. 1 § 9 l. 5 § 1.

4) Nach römischem Recht ging die Klage nicht bloß auf Ersatz, sondern auch auf Strafe. Wenn nämlich ein Freier getödtet wurde: so fand gegen die oben Genannten eine Popularklage auf 50 aurei statt (l. 1 pr. § 5 eod.); wurde ein Freier am Körper beschädigt: so ging die Klage, wie die aquilischen Rechtsmittel, auf Ersatz (Kurkosten, Zeitversäumnis, herbeigeführte Arbeitsunfähigkeit ꝛc.), war aber ebenfalls Popularklage, wenn der Verletzte nicht klagte, l. 5 § 5 l. 7 eod. u. l. l. c.; wurden Sachen beschädigt: so konnte der Beschädigte auf den doppelten Betrag seines Schadens klagen (die Klage war also hier eine mixta actio, nämlich zu einem simplum pönal), l. 1 pr. § 4 eod. l. l. c. Gegen die Erben aber gingen diese Klagen gar nicht, wegen ihres pönalen Charakters und weil Deliktsklagen nach römischem Recht gegen die Erben überhaupt nur in so weit stattfanden, als die Erbschaft durch das Delikt selbst bereichert wurde, l. 5 § 5 eod. — Bei uns dagegen geht die Klage nur auf Ersatz des gesammten Interesses des Verletzten, ist also lediglich reipersekutorisch; ihr pönales Moment ist bei uns durch Gewohnheitsrecht beseitigt und Popularstrafklagen sind ohnehin bei uns nicht zulässig; ist die Handlung aber nach strafrechtlichen Grundsätzen ein öffentliches Verbrechen (Tödtung, Körperverletzung, dolose Sachbeschädigung): so kann natürlich die Strafe nur den wirklichen Thäter treffen. Für den Ersatz aber haften bei uns nach kanonischem Recht (Arndts § 104 Anm. 2 a. E.) auch die Erben der genannten Personen, so weit die Erbschaft reicht.

5) Hat Jemand Etwas so ausgehängt oder ausgestellt, daß es leicht herabfallen und Vorübergehende beschädigen kann: so fand gegen ihn nach römischem Recht eine Popularklage (actio de posito et suspenso) auf 10 aurei statt, D. l. c. l. 5 § 6—13. Bei uns dagegen schreitet hier die Polizei mit polizeilichen Geldstrafen ein. Fällt aber das Herausgehängte herab und beschädigt Jemanden: so kann Derjenige, welcher die Sache aufgestellt oder ausgehängt hatte, mit der actio ex lege Aquilia utilis auf Ersatz belangt werden; es kann aber auch der Beschädigte die actio de deiectis et effusis utilis gegen den Inhaber des Lokals nach dem unter Nr. 1 ff. Ausgeführten anstellen. D. l. c. l. 1 § 3 l. 5 § 12 (über die letztere, wohl korrupte, Stelle vgl. die verschiedenen Emendations- und Auslegungsversuche von Cujacius Observ. XXII, 32, Bachov ad Treutler. I p. 712, Glück Pandektenkomm. X S. 413 f., A. Schmidt Civilistische Abhandlungen 1841 S. 33.

Beilage II.

Bei Verletzungen durch Thiere muß man folgende Fälle unterscheiden:

I. Wenn Jemand durch eine dolose oder kulpose Handlung Ursache der Beschädigung war, z. B. einen Hund auf mich hetzt oder ein Pferd stößt, dieses ausschlägt und mich trifft: so hat der Beschädigte gegen den Thäter die aquilische Klage auf Ersatz, D. 9, 2 ad l. Aq. l. 8 § 1 l. 52 § 3; 9, 1 si quadrupes l. 1 § 4 a. E. § 5, 6 § 7 verb. »ideoque«; natürlich muß er aber beweisen, nicht bloß daß das Thier ihn beschädigt habe, sondern auch daß der Beklagte durch seine Handlung die Beschädigung veranlaßte. Vgl. oben § 87 Beil. II Nr. I (Th. I S. 457).

II. Wenn Jemand ein gefährliches Thier, z. B. einen bissigen Hund hat, dessen Gefährlichkeit ihm bekannt ist und es unterläßt, dafür zu sorgen, daß es Anderen nicht schaden kann: so können die durch das Thier Verletzten gegen ihn auf Ersatz klagen, D. 9, 1 si quadrupes l. 2 § 1. Die Privatstrafe und die Popularklagen, welche nach römischem Recht stattfanden, wenn Jemand ein gefährliches Thier an einem gangbaren Ort hielt und durch das Thier eine Verletzung zugefügt wurde (I. 4, 9 si quadrup. § 1; D. 21, 1 de aed. ed. l. 40—42, sind bei uns unpraktisch; auch in diesem Falle geht die Klage bloß auf einfachen Ersatz.

III. Ist Niemand auf die unter Nr. I angegebene Weise Ursache der durch das Thier zugefügten Beschädigung (D. 9, 1 si quadrupes l. 1 § 3—6; I. l.

c. pr.): so hat der Beschädigte eine schon von den XII Tafeln eingeführte actio noxalis, die actio de pauperie (directa wenn ein vierfüßiges Thier beschädigte, utilis bei anderen Thieren, D. 9, 1 si quadrupes l. 1 pr. § 2 l. 4) nach folgenden Grundsätzen:

1) Sie findet nur statt, wenn das Thier »contra naturam« seiner Gattung schadet, also Etwas that, was von einer solchen Thiergattung ihrer Natur nach nicht zu erwarten stand, nicht aber, wenn das Thier secundum naturam schadete (vgl. auch Nr. IV); sie findet z. B. statt, wenn ein Hund mir den Rock zerreißt, mich ins Bein beißt, aber nicht, wenn er das von mir ausgehängte Fleisch frißt, D. h. t. l. 1 § 4 § 7—9, 11 l. 5; I. 4, 9 h. t. pr. Diese Unterscheidung, daß der Eigenthümer nur für einen solchen Schaden haftet, den das Thier contra naturam generis sui anrichtete, wird auf verschiedene Weise zu erklären gesucht. Manche gehen davon aus, daß in solchen Fällen das Gesetz eine culpa des Eigenthümers präsumire; allein davon deuten die Quellen nicht das Geringste an, auch kann ja ein Thier contra naturam Etwas thun, ohne daß der Eigenthümer dies irgend vorauszusehen im Stande war, vgl. im Übrigen auch v. Bangerow Pandekten § 689 S. 619 ff. Andere und namentlich auch Bangerow a. O. glauben, daß „nach der Ansicht des römischen Rechts so zu sagen eine culpa des Thieres selbst das wahre Fundament der Klage sei und der Eigenthümer nur als der natürliche Schutzherr und Vertreter dieses Delinquenten in Betracht komme". Allein eine solche Auffassung läßt sich dem römischen Rechte nicht aufbürden; denn es erklärt geradezu: »pauperies est damnum sine iniuria facientis datum, nec enim potest animal iniuria facisse, quod sensu caret«, D. h. t. l. 1 § 3. Die Entscheidung der l. 1 § 11 eod. aber, welche nach Bangerow gar nicht anders sich soll erklären lassen, als dadurch, daß von den Römern auch bei Thieren eine Art von Imputabilität angenommen worden sei, erklärt sich meines Erachtens einfach daraus, daß ein Ochse, der sich gegen einen Angriff wehrt, nicht contra naturam generis sui schadet. Das römische Recht ging vielmehr wohl von dem Gedanken aus, daß ein Beschädigter auf Das, was ein Thier secundum naturam generis sui that, sich gefaßt machen soll und man sich dagegen eher vorsehen könne, Dieses aber bei Dem, was von Thieren nach der Natur ihrer Gattung gar nicht zu erwarten stand, nicht Platz greife. Dabei ist aber das secundum und contra naturam nicht nach der Individualität des konkreten Thieres, wie Zimmern System der römischen Noxalklagen S. 102 und Bangerow a. O. S. 621 wenigstens theilweise will (bei gezähmten wilden Thieren) zu bestimmen, sondern nach Dem, was die Gewohnheit der Gattung ist, D. h. t. l. 1 § 4, 7, 10; I. h. t. pr. Wenn daher z. B. in einem gezähmten Tiger plötzlich die Wildheit wieder ausbricht und er Jemanden beißt: so findet diese Klage nicht statt. Es läßt sich daher auch die Bemerkung in I. h. t. § 1 a. E. nur von solchen Fällen verstehen, in welchen das betreffende Thier contra naturam generis schadete, was namentlich bei dem dort erwähnten Hunde leicht möglich ist.

2) Die Frage, gegen Wen die Klage angestellt werden könne, beantwortet man gewöhnlich dahin: gegen den Eigenthümer des Thieres, z. B. Puchta Pandekten § 393, Göschen Vorlesungen § 664, Arndts § 327, v. Keller Pandekten § 385. Allein dies ist wohl zu weit und zu eng. Sie findet allerdings in der Regel gegen Den statt, der zur Zeit ihrer Anstellung Eigenthümer des Thieres ist, D. h. t. l. 1 § 12, 17; sie findet aber auch gegen den Eigenthumsbesitzer statt und ist gegen den Eigenthümer nur durchführbar, wenn er die faktische Dispositionsfähigkeit über die Sache hat, also namentlich wenn er sie besitzt, arg. D. 9, 4 de noxal. act. l. 7 pr. l. 13 l. 21 pr. § 1 l. 22 pr. § 1—3 l. 28 l. 42 § 2; A. Schmidt Civilistische Abhandlungen S. 41 f. 45 f., Unterholzner Lehre von den Schuldverhältnissen § 682 Nr. 3 § 211; ferner findet sie statt gegen Den, der sich dolos des Besitzes des Thieres entäußert, D. de nox. act. l. 12 l. 21 pr. l. 24—26 pr. Geht aber das Thier noch vor der litis contestatio zu Grunde, so fällt die Klage weg, D. h. t. l. 1 § 13.

3) Die Klage geht auf Ersatz des gesammten Schadens; nur hat der Be-

klagte hier nach gemeinem Recht eine sog. facultas alternativa, d. h. er kann, wenn er es vorzieht, statt Ersatz zu leisten, das Thier noxae dare, d. h. dem Kläger abtreten, l. h. t. § 2; D. h. t. l. 1 pr. Wenn aber das Thier erst nach der litis contestatio umkommt: so muß der Beklagte den Schaden schlechterdings ersetzen; hat jedoch ein Dritter nach der litis contestatio das Thier getödtet: so befreit sich der Beklagte, wenn er seine Klage gegen den Dritten dem Kläger abtritt; l. 1 § 16 eod.

IV. Schadet ein Thier in anderen als den ausgeführten Fällen, also ohne daß Jemanden eine Schuld trifft (Nr. I, II) und secundum naturam generis sui (Nr. III): so hat der Beschädigte kein Rechtsmittel, außer a. wenn es fremde Früchte abweidet. Hier findet eine actio de pastu als noxalis actio auf die unter Nr. III, 2, 3 bemerkte Weise statt; Arndts § 327 Note b und Anm. 2; b. wenn ein Thier auf frembem Grund und Boden zu Schaden geht, kann der Besitzer des Grundstücks nach deutschem Recht es pfänden und durch Retention das unter Nr. III, 3 angeführte Recht gegen den Eigenthümer geltend machen.

Actio doli.

§ 217.

(Arndts § 334.)

Die actio doli auf vollen Schadenersatz[1] findet statt gegen Jeden, der uns Vermögensnachtheile zufügt, durch irgend eine dolose Handlung[2], also wegen jeder vorsätzlichen widerrechtlichen Schadenszufügung, mag sie durch Betrug oder durch dolus im weitern Sinne begangen worden sein[3]. Dabei ist aber noch zu beachten:

1) Die actio doli ist nicht nöthig, wenn bei Verträgen die eine Partie gegen die andere einen dolus beging; denn hier kann der Verletzte mit der Klage aus dem Vertrag (mit der actio emti u. s. w.) wegen des dolus klagen[4].

2) Nach römischem Rechte gehörte die actio doli zu den actiones famosae[5]. Aus diesem Grunde

a. war die Klage bloß subsidiär, d. h. man durfte von ihr keinen Gebrauch machen, wenn man mit einer andern Klage den vollständigen Ersatz erlangen konnte; z. B. wer dolo fremde Sachen zusammenschlug, gegen Den konnte nicht mit der actio doli geklagt werden, weil man sich mit der aquilischen Klage helfen konnte[6].

---

[1] In dem oben in § 172 ausgeführten Umfange.

[2] In dem oben § 86 Nr. II 1 (Th. I S. 443) und § 187 im Anf. angeführten Sinne von dolus überhaupt.

[3] D. de dolo mal. 4, 3 l. 1 § 1, l. 7 § 3—6, l. 19, l. 31; quod met. causa 4, 2 l. 14 § 13.

[4] Nur bei den römischen negotia stricti iuris wird die actio doli nöthig (vgl. oben § 187).

[5] Vgl. oben § 45 (Th. I S. 211).

[6] Arndts l. c. Note d. — D. h. t. 4, 3 l. 1 § 1 u. 4, l. 7 pr. § 1—4.

b. Gegen Reſpektsperſonen (z. B. von Kindern gegen Eltern) konnte man wegen dolus nicht mit der actio doli, ſondern bloß mit einer actio in factum auf Erſatz klagen[7].

c. Wegen eines Schadens unter 2 aurei war die actio doli ausgeſchloſſen[8].

Allein alle dieſe Beſchränkungen fallen bei uns weg, weil es bei uns an ihrer weſentlichen Prämiſſe fehlt; denn die Klage iſt bei uns nicht mehr infamirend[9]. Deßhalb iſt ſie bei uns bei jeder Summe und auch gegen Reſpektsperſonen zuläſſig und nicht mehr ſubſidiär, ſondern ſie konkurrirt mit anderen wegen doloſer Handlungen ſtattfindenden Klagen[10].

3) Die actio doli verjährt ſchon in zwei Jahren von der Zeit des begangenen dolus an, ſo weit ſie auf Erſatz des vollen Intereſſes geht. Nach Ablauf dieſer Zeit findet nur noch wegen des dolus eine actio in factum auf Das ſtatt, um was der Thäter noch durch ſeinen dolus bereichert iſt, und dieſe verjährt in der gewöhnlichen Zeit der Anſpruchsverjährung[11].

4) Über die Frage, ob und in wie weit die Klage gegen die Erben des Verletzers geht, entſcheiden die allgemeinen Grundſätze über Haftung der Erben aus unerlaubten Handlungen des Erblaſſers[12].

Drittes Kapitel. Obligationen, die weder aus Verträgen noch aus Delikten entſpringen*.

Condictiones sine causa.

§ 218.

(Arndts § 340.)

Es giebt eine Klaſſe von Obligationen, welche lediglich aus einem (wie man es jetzt gewöhnlich ausdrückt) Haben ohne rechtsgültigen

---

[7] D. l. c. l. 11 § 1, l. 12; Cod. de dolo 2, 21 cst. 5.

[8] D. l. c. l. 9 § 5, l. 10, l. 11 pr.

[9] Vgl. oben § 45 (Th. I S. 211).

[10] Nach den oben § 96 Beil. I Lit. A Nr. I – III (Th. I S. 492 f.) ausgeführten Grundſätzen.

[11] Arndts l. c. Note g. h.

[12] S. oben § 89 Beil. I Nr. I 2 (Th. I S. 466 f.).

* Die meiſten dieſer Obligationen ſind an anderen Stellen des Syſtems zu entwickeln (ſ. oben § 183).

Grund, sine causa entspringen und auf Zurückerstattung des Empfangenen oder Entzogenen gehen.

Die Klage, mit welcher sie geltend gemacht werden, heißt condictio sine causa im weitern Sinn; sie hat nach der Verschiedenheit der einzelnen hierher gehörigen Fälle noch verschiedene specielle Namen[1]. Manche Neuere nennen sie auch Bereicherungsklage; bei dieser Benennung ist aber wohl zu beachten, daß der Umstand allein, daß Jemand auf Kosten eines Dritten bereichert wurde, noch nicht zur Begründung solcher Klagen hinreicht, sondern noch besondere Rechtsgründe erfordert werden, aus denen der Bereicherte zu Erstattung verpflichtet wird[2].

Durch condictio sine causa im engern Sinn wird die Zurückforderungsklage in den Fällen bezeichnet, in welchen Jemand ohne rechtsgültigen Grund Etwas von uns (aus unserem Vermögen hat, und die Quellen das Rückforderungsrecht anerkennen, aber die Klage nicht einen speciellen Kunstnamen hat[3].

Condictio indebiti.

§ 219.

(Arndts § 341.)

Diese Klage stützt sich auf die naturalis aequitas. Wenn nämlich Jemand eine Leistung in der Voraussetzung macht, er sei sie schuldig, es sich aber zeigt, das Schuldverhältnis habe nicht existirt oder die Schuld sei anfechtbar gewesen, er habe also ein indebitum geleistet: so fordert die Gerechtigkeit, daß der Empfänger zur Zurück-

---

[1] S. unten § 219 ff. — Vgl. über diese Klagen auch meine Erörterungen II S. 92—103. Nach römischem Recht waren sie sämmtlich actiones stricti iuris, wie schon ihr Name zeigt (vgl. oben § 100 Th. I S. 515), was aber bei uns nicht mehr von praktischer Bedeutung ist. Hierüber und über die Bedeutung von condictio und über das bei Arndts l. c. Berührte s. oben § 100 (Th. I S. 514 f.). — Über die condictio ob turpem causam und ob iniustam causam s. Arndts § 343. 344. Vgl. meine Erörterungen II S. 94 ff. Fälle dieser letzteren Klage s. oben § 143 Beil. II Lit. A Nr. I 2 b und § 187 Beil. Nr. II 3.

[2] S. Arndts §§ 341—345. — Jacobi in den Jahrbüchern für Dogm. des Rechts Bd. IV S. 159 ff., 205 ff., 226 ff. Viel zu weit in der Verallgemeinerung dieser Klagen geht Witte (Die Bereicherungsklagen. 1859) und nun selbst Windscheid Pand. § 422 f.).

[3] S. hierüber meine Erörterungen II S. 98 ff. — Solche Fälle s. oben § 197 bei Anm. 3; § 143 Beil. II Lit. B I 1 a u. b; § 83 Beil. I Nr. VI a. E. (Th. I S. 419); § 196 Lit. C I 5 c.; § 213 Beil. Über die condictio furtiva s. oben § 100 Nr. IV 3 (Th. I S. 516) und § 128 Beil. Lit. F II 1.

erſtattung des Empfangenen angehalten werde. Der Zahlende kann daher das indebite Geleiſtete mit einer perſönlichen Klage, mit der condictio indebiti vom Empfänger und deſſen Erben zurückfordern[1].

Die näheren Grundſätze über die Klage gehen dahin:

I. Es muß in der Abſicht und Vorausſetzung geleiſtet ſein, eine Schuld zu erfüllen[2], das Gezahlte aber ganz oder theilweiſe eine Nichtſchuld geweſen ſein, ſei es:

1) daß die Schuld gar nicht exiſtirte, z. B. wenn man aus einem nichtigen Geſchäft zahlte, das man für gültig hielt, oder eine bereits getilgte Schuld zahlte, oder eine bedingte Schuld in der irrigen Meinung, die Bedingung ſei eingetreten, zahlt, oder

2) daß man eine Schuld zahlte, die zwar an ſich gültig iſt, aber mit einer exceptio peremtoria angefochten und aufgehoben werden kann, oder

3) daß man mehr zahlte, als man ſchuldig war, oder einer unrechten Perſon zahlte[3].

Nur einige Nichtſchulden giebt es, bei denen aus Rückſichten der Pietät und Ehrenhaftigkeit die Zurückforderung ausgeſchloſſen iſt[4]. Auch kann man nicht zurückfordern, was man wirklich ſchuldig war, aber aus Irrthum vor dem Verfalltag zahlte[5].

II. Bei den unter I. angeführten Erforderniſſen iſt die Klage an ſich begründet. Aber ſie kann von dem Beklagten durch die Einrede wiſſentlicher Zahlung der Nichtſchuld perimirt werden. Denn die Zurückforderung iſt ausgeſchloſſen, wenn der Zahlende wußte, daß er Nichts ſchuldig ſei und doch zahlte[6]. Dabei iſt aber Folgendes zu beachten:

1) Der Zahlende hat nicht den Irrthum zu beweiſen, d. h. nicht zu beweiſen, daß er bei der Zahlung nicht gewußt habe, er ſei das Gezahlte nicht ſchuldig; ſeine Klage iſt vielmehr an ſich be-

---

[1] D. de condict. indeb. 12, 6 l. 1, l. 19 § 1, l. 54. 66; Cod. eod. tit. 4, 5 est. l. 2; I. quib. mod. re 3, 14 § 1; de obl. quasi ex contr. 3, 25 § 6. Vgl. unten die Beil. I.

[2] Arndts l. c. Note b.

[3] Arndts l. c. Note h—o. Oben § 78 Beil. I Nr. 7 b (Th. I S. 391); und § 102 Beil. I Nr. 1 a. E. (Th. I S. 533), und § 186 Beil. Lit. B.

[4] Arndts l. c. Note k und Anm 3. Vgl. oben § 180 a. E.

[5] D. h. t. 12, 6 l. 10. Vgl. oben § 79 a. E. (Th. I S. 401).

[6] D. h. t. l. 1 § 1, l. 26 § 3.

gründet, sobald er beweist, daß er gezahlt habe, um eine Schuld zu tilgen, daß aber die Schuld nicht bestanden habe. Nur kann der Empfänger die Klage zurückweisen und perimiren durch die Einrede, der Kläger habe bei der Zahlung gewußt, daß die Schuld nicht zu Recht bestehe[7]. Dieses Wissen aber ist ein Fundament der Einrede des Beklagten, das er beweisen muß[8].

2) Ob der Kläger in einem entschuldbaren oder unentschuldbaren Irrthum, z. B. in einem Rechtsirrthum, bezahlte, darauf kommt es nicht an. Zwar behaupten sehr Viele, das Zurückforderungsrecht sei auch dann ausgeschlossen, wenn der Zahlende aus einem nicht entschuldbaren Irrthum zahlte, wohin namentlich in der Regel ein Rechtsirrthum gehöre. Allein dies ist unrichtig und würde zu den ungerechtesten Härten führen[9].

III. Die Zahlung einer Nichtschuld ist an sich eine gültige Zahlung. Wenn daher Jemand seine Sache zahlte (tradirte), indem er irrig glaubte, sie dem Empfänger schuldig zu sein, so geht das Eigenthum des Zahlenden an der Sache durch die Tradition auf den Empfänger über[10]. Aber die Zahlung ist anfechtbar. Der Zahlende und sein Erbe kann das Gezahlte vom Empfänger und dessen Erben mit der condictio indebiti zurückfordern. Diese sind zur Rückgabe persönlich verpflichtet, obligirt[11]. Nur ist das Zurückforderungsrecht beschränkt; es geht bloß auf Erstattung Dessen, was der Empfänger zur Zeit der Zurückforderung vom Gezahlten noch hat oder um was er durch das Empfangene noch bereichert ist. Für Das also, was er bona fide davon verzehrte, verschleuderte u. s. f., ersetzt er Nichts[12].

IV. Das unter III. Gesagte modificirt sich in folgenden Fällen[13]. Wenn der Zahlende nachweisen kann, der Empfänger habe wohl gewußt, daß die Schuld nicht existire oder daß sie anfechtbar sei, aber seinen — des Zahlenden — Irrthum benutzt und die Zahlung ange-

---

[7] D. h. t. l. 1 § 1, l. 26 § 3. [8] Vgl. unten Beil. I.
[9] S. den Beweis und die Ausnahmen unten in Beil. II.
[10] S. oben § 131.
[11] Es tritt hier ganz das oben in § 84 Nr. II und § 68 Beil. II Nr. II (Th. I S. 422. 318) Ausgeführte ein.
[12] S. Arndts § 341 Nr. 2 Note y und Anm. 9. — Meine Ausführung im Arch. für civil. Prax. Bd. XV S. 123 f. Meine Erörterungen II S. 93.
[13] Ferner in den unten in Beil. III erwähnten Fällen.

BODLEIAN LIBRARY

nommen, so ist der Empfänger als *fur* zu behandeln; er wird nun nicht Eigenthümer des Gezahlten und haftet, von Anfang an, wie ein moroser Schuldner. Der Zahlende kann daher die gezahlte Sache von ihm und jedem dritten Besitzer vindiciren oder auch von ihm und seinen Erben mit der condictio furtiva Erstattung und Schadenersatz verlangen[14].

V. *Verspricht* Jemand einem Andern Etwas in der Meinung, ihm dazu rechtlich verbunden zu sein, es zeigt sich aber später, daß Letzteres nicht der Fall war: so gilt ganz das Ausgeführte, d. h. das Versprechen ist an sich gültig und der Versprechende wird verpflichtet; aber wenn er auf Erfüllung des Versprechens belangt wird, so kann er die Klage mit der *exceptio indebiti* perimiren. Auch kann er mit der *condictio* indebiti auf Liberirung von der übernommenen Verbindlichkeit klagen[15].

Beilage I.

Das Recht zur condictio und exceptio indebiti beruht darauf, daß, wenn Etwas *als Schuld* geleistet wurde, es der naturalis aequitas widerstreiten würde, das aus einem *solchen* Grunde Empfangene zu behalten, falls es sich zeigt, daß es in der That nicht geschuldet, also die ausdrücklich oder faktisch ausgesprochene *Voraussetzung*, in welcher die Leistung gemacht und angenommen wurde, sich als eine nicht begründete erwies; es entbehrt in einem solchen Falle die empfangene Leistung jedes rechtlichen Grundes und der Empfänger würde sich in *widerrechtlicher* Weise bereichern, wenn er Das, was in Voraussetzung einer bestehenden Verbindlichkeit zu ihrer Tilgung gegeben und empfangen wurde, auch bei dem Nachweise der Grundlosigkeit jener Voraussetzung behalten dürfte. Anders aber würde es sich verhalten, wenn der Zahlende nur den *Schein* angenommen hätte, eine Schuld zu zahlen, in der That aber eine Liberalität üben wollte oder sonst zu anderen Zwecken zahlte (vgl. D. 12, 6 h. t. l. 50,, also nur angeblich eine Schuld, aber *wissentlich* eine *Nichtschuld* erfüllte. In diesem Falle wird durch das Moment des Wissens, daß man Nichts schulde, die Rückforderung des Geleisteten ausgeschlossen, indem man ja hier auch für den Fall leisten wollte, daß die äußerlich ausgesprochene Voraussetzung sich nicht begründet zeige. *In so fern* mußte also der Leistende, um mit Erfolg zurückfordern zu können, im Irrthum über seine Verbindlichkeit gewesen sein; allein dieser Irrthum ist nicht das Fundament des Anfechtungs- und Rückforderungsrechts. Dieses Recht wird an sich durch die Leistung der Nichtschuld begründet: der Irrthum des Leistenden kommt dabei nur in so fern in Betracht, als das Rückforderungsrecht wegfällt, wenn er wußte, daß er Nichts schulde. Diese Thatsache des Wissens aber anzuführen und zu beweisen ist Sache Dessen, der die Leistung empfing. Denn in der Zahlung *einer Schuld als solcher*, d. h. in der Erklärung, daß man mit der Leistung eine Schuld tilgen wolle, liegt an sich, daß man leiste, *weil* man verpflichtet sei. Dieses Vorgeben *kann* ein unwahres sein; daß es aber unwahr sei, daß man aus einem ganz andern Grunde

[14] *Arndts* l. c. Anm. 6 Lit. B.

[15] S. die Stellen bei *Arndts* l. c. Note f. Vgl. oben § 84 Beil. I Nr. IV und § 69 Beil. III a. E. (Th. I S. 431. 340).

als dem angegebenen und in einer ganz andern Voraussetzung als der ausgesprochenen und vom Empfänger angenommenen, daß man mit dem Bewußtsein nicht verpflichtet zu sein, zahle, somit die Schuld bloß fingirt habe, wäre ein Widerspruch mit der Erklärung, dessen Nichtexistenz zu beweisen nicht ihm obliegen kann. Vgl. auch Windscheid Die Lehre von der Voraussetzung ꝛc. S. 204. Er hat nur die Voraussetzung, in welcher geleistet wurde und er sich zur Leistung für verpflichtet halten konnte und in so fern eine »iusta ignorantiae causa« (D. 22, 3 de probat. l. 25 pr. a. E.) nachzuweisen, nicht aber auch, daß er nicht das Bewußtsein der Nichtschuld gehabt habe (so wird z. B. das Beweisthema in cst. 1, 2 h. t. 4, 5 bestimmt): daß er das Bewußtsein, Nichts zu schulden, gehabt und die Schuld bloß fingirt habe, dies ist eine vom Empfänger zu beweisende Einrede. Die Stellen daher, welche sagen, man könne das irrig Bezahlte zurückfordern, haben in sehr natürlicher Weise die ganze Durchführbarkeit der Klage im Auge, d. h. bloß den endlichen Erfolg und das Resultat, und deuten nur an, daß die Zurückforderung beim Bewußtsein der Nichtschuld wegfalle; D. 12, 6 h. t. l. 1 § 1 l. 24; dieses Bewußtsein aber führen sie als ein Einredemoment an, durch welches die Zurückforderung ausgeschlossen werde, z. B. in l. 26 § 3 h. t. (wer eine Nichtschuld bezahlt habe, könne zurückfordern, »nisi sciens . . . solvit«). Hiernach ist die gewöhnliche Behauptung, daß der Irrthum des Leistenden ein von ihm nachzuweisendes Fundament der condictio und exceptio indebiti sei, nicht zu billigen. — Der hier vertheidigten Ansicht sind im Wesentlichen auch z. B. Puchta Pandekten und Vorlesungen § 309, Kritz Rechtsfälle III S. 1 ff., und in der neueren Zeit wird sie mehr und mehr von den höheren Gerichten Deutschlands in ihren Erkenntnissen angenommen, s. z. B. Seuffert Archiv Bd. VI Nr. 207 (Jena, Ober-Appellationsgericht, Bd. VII Nr. 51, 54 ff. (Stuttgart, Ober-Tribunal), Bd. X Nr. 56 (Lübeck, Ober-Appellationsgericht); Marburg Archiv für praktische Rechtswissenschaft Bd. VII S. 191 (Ober-Appellationsgericht in Darmstadt).

Beilage II.

Da der Grund der condictio indebiti in der Nichtexistenz des Schuldverhältnisses, in dessen Voraussetzung geleistet wurde, liegt und der Irrthum des Leistenden über die Existenz des Schuldverhältnisses nur in so fern in Betracht kommt, als durch den Einwand (Einrede oder Replik), der Leistende habe das Bewußtsein der Nichtschuld gehabt, sein Anfechtungs- und Rückforderungsrecht ausgeschlossen werden kann: so folgt daraus, daß der Grund des Irrthums des Leistenden indifferent sein muß, er also auch dann zurückfordern kann, wenn sein Irrthum ein solcher ist, der in anderen Rechtsverhältnissen als ein unentschuldbarer behandelt wird, z. B. ein Rechtsirrthum. Zwar wird gewöhnlich das Gegentheil behauptet; nur sind die Vertheidiger der entgegengesetzten Ansicht wieder unter sich über die Ausdehnung, die ihr zu geben sei, nicht einig. Nach Manchen soll die Kondiktion bei jedem faktischen Irrthum zulässig, bei jedem Rechtsirrthum ausgeschlossen sein; nach den Meisten soll es lediglich auf Entschuldbarkeit des Irrthums ankommen, sie also auch beim Rechtsirrthum stattfinden, aber nur dann, wenn er ausnahmsweise entschuldbar sei, und beim faktischen Irrthum nicht stattfinden, wenn er unentschuldbar sei, so z. B. Glück Pandektenkomm. XIII S. 127—150 (der aber später darüber sehr in Zweifel kam Bd. XXII S. 336 f.) und die bei Glück Bd. XIII S. 135 Angeführten und besonders Savigny Syst. III S. 447—466, Vangerow III S. 409—412, Erxleben Die condictio indebiti S. 70 f. Andere endlich unterscheiden zwischen Versprechen einer Nichtschuld und Zahlen derselben; beim Ersteren soll durch jeden Irrthum, auch durch Rechtsirrthum die Kondiktion begründet werden (wegen D. 36, 4 ut in poss. leg. l. 1 pr.; 4, 4 de min. l. 16 § 2), bei Letzterem nur durch einen faktischen Irrthum. — Wenn diese Ansichten von manchen Neueren deßhalb verworfen werden, weil Wer eine Nichtschuld irrig leiste, gar nicht den Willen habe, zu zahlen und aus diesem Grunde die Leistung

nichtig sei (Renaud im civilistischen Archiv XXIX S. 147 f. 470 und ähnlich auch Herrmann in der Gießener Zeitschrift N. F. III S. 120 f.) oder weil durch den Irrthum hier ein dauernd wirksamer Wille ganz ausgeschlossen werde (Christiansen Zur Lehre von der naturalen Obligation S. 61 f.): so ist dies freilich unrichtig; denn von einem wesentlichen oder sog. unechten Irrthum handelt es sich hier nicht; s. Erxleben a. O. S. 40 f. Aber eben so unrichtig ist die Behauptung Bangerows a. O. S. 410, die Zulassung der Kondiktion wegen eines jeden Irrthums „könnte nur unter der Voraussetzung gerechtfertigt werden, wenn der Irrthum bei Zahlung einer Nichtschuld so beschaffen wäre, daß dadurch der Wille gänzlich ausgeschlossen würde". Einer solchen unrichtigen Prämisse bedarf es in der That nicht. Die Zulassung der Kondiktion ohne alle Rücksicht auf Entschuldbarkeit des Irrthums, der die Leistung motivirte, wird dadurch begründet, daß es sich hier von Leistungen handelt, welche in einer bestimmten Voraussetzung gemacht und angenommen wurden, über die also die Partieen einverstanden waren (das Bestehen eines Schuldverhältnisses), und es den allgemeinen Rechtsgrundsätzen und der naturalis aequitas widersprechen würde, wenn der Empfänger das nur unter jener Voraussetzung Empfangene auch dann behalten dürfte, wenn die Voraussetzung sich als eine nicht begründete erweist. So wird auch von den römischen Juristen die Kondiktion motivirt; D. h. t. l. 66. »Haec condictio ex bono et aequo introducta, quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocare consuevit«. Bei dieser Begründung kann die Kondiktion nicht von einer Entschuldbarkeit des Irrthums des Leistenden abhängen. Auch würde sonst gerade der Redliche und ängstlich Gewissenhafte, der selbst bei einem Scheine von Schuld zahlt, um ja keine Verbindlichkeit unerfüllt zu lassen, auf eine nicht zu rechtfertigende Weise im Schaden gelassen, falls es sich zeigt, daß er in seiner Gewissenhaftigkeit sich übereilt und Etwas als Schuld gezahlt habe, von dem er wohl hätte erfahren können, daß er es nicht schuldig sei. Es spricht aber auch gegen jene Ansichten noch ganz besonders der Umstand, daß in der ausführlichen Behandlung der condictio indebiti, die wir im Pandektentitel XII, 6 haben, und bei der reichen Kasuistik der römischen Juristen, die hier gegeben wird, auch nicht eine einzige Stelle nur entfernt andeutet, daß bei einem unentschuldbaren Irrthum die Rückforderung ausgeschlossen sei, während doch, wenn es auf Entschuldbarkeit des Irrthums hier ankommen sollte, dies so häufig hätte zur Sprache kommen müssen und ein so wesentliches Moment sein würde, daß es unmöglich in allen diesen Stellen völlig hätte übergangen werden können. Allein keine sagt Etwas dieser Art, vielmehr sagen sie ganz allgemein, es sei stets Rückforderung zulässig, wenn man nur nicht sciens se non debere zahlt, und belegen dies mit den verschiedensten Beispielen, in denen der Irrthum gar wohl auch ein Rechtsirrthum sein konnte oder ein Irrthum über eigene Handlungen war, den man in der Regel zu den nicht entschuldbaren zählt, z. B. D. l. c. l. 12 l. 19 § 1 l. 22 § 1 l. 26 § 2 l. 40 pr. § 1 l. 45 l. 54, 59, und auf gleiche Weise sprechen sich eine Reihe von Reskripten im Kodex aus, z. B. C. 4, 5 h. t. cst. 1, 2, 3, 9 pr.; selbst dann soll die Kondiktion stattfinden, wenn der Zahlende zweifelhaft gewesen ist, ob er schulde oder nicht, und dabei wird nicht entfernt angedeutet, daß es darauf ankomme, ob seine Zweifel entschuldbar gewesen seien oder nicht; nur die vom Gegner zu beweisende Absicht, daß der Zahlende durch die Zahlung einen Vergleich habe schließen wollen, soll hier die Kondiktion ausschließen, cst. 11 eod. — Allerdings giebt es einen Fall, in welchem der Rechtsirrthum die Zurückforderung ausschließt, nämlich wenn ein Erbe aus Rechtsirrthum ein ungültiges Vermächtnis auszahlt oder vom Recht der quarta Falcidia keinen Gebrauch macht, D. 22, 6 de iur. ign. l. 9 § 5; C. 6, 50 ad l. Falc. cst. 9; 6, 42 de fideic. cst. 2. Allein in der ersten Stelle wird doch von Paulus es als etwas Besonderes herausgehoben, daß hier die Rechtsunwissenheit schade, und ebenso in der zweiten Stelle (»quin etiam si ius ignoravit, cessat repetitio), und in der cst. 2 wird der Grund der Verweigerung des Rückforderungsrechts nicht in die Unentschuldbarkeit des Irrthums gesetzt, sondern darein, weil »ex conscientia relicti fideicommissi

defuncti voluntati satis factum esse videatur«. Nur eine Stelle, nämlich C. 1, 18 de iur. ign. est. 10 sagt, daß man ein aus Rechtsirrthum gezahltes indebitum nicht zurückfordern könne. Allein selbst Diejenigen, welche bei Unentschuldbarkeit des Irrthums die Klage verneinen, halten sich nicht wörtlich an dieses Reskript, indem sie doch bei einem entschuldbaren Rechtsirrthum die Klage geben wollen. Will man aber mit den übrigen Äußerungen der Quellen und mit der ganzen Art und Weise, wie die Kondiktion in den betreffenden Pandekten- und Kodextiteln behandelt wird, nicht in Widerspruch kommen: so wird man diese Entscheidung eines einzelnen vorgelegten Falles auf solche Fälle beschränken müssen, in welchen allerdings die Kondiktion durch jeden Rechtsirrthum ausgeschlossen wird, nämlich auf die vorhin angeführten Fälle, s. besonders Mühlenbruch im civilistischen Archiv II S. 419—431. Der Ansicht, daß es auf die Entschuldbarkeit des Irrthums bei der condictio indebiti nicht ankomme, sind noch außer Mühlenbruch von den Älteren besonders Vinninus Sel. quaest. l. 47 und die bei Glück XIII S. 138 Angeführten, von den Neueren außer Christiansen, Renaud und Herrmann, deren Begründung man freilich nicht beistimmen kann, Wening (und Heise) Civilrecht Buch III § 237, Kritz Rechtsfälle I S. 260—291, Holzschuher Theorie ꝛc. II S. 494 f. Auch stimmen dieser Ansicht in neuerer Zeit höhere Gerichte Deutschlands mehr und mehr bei, z. B. das Ober-Appellationsgericht zu Jena (Seuffert Archiv VI Nr. 207, zu Dresden (Sächsische Zeitschrift für Rechtspflege XVII S. 427), zu Stuttgart (Sarwey's Monatsschrift für Rechtspflege in Württemberg XX S. 243 f. und besonders daselbst die Bemerkungen von Kübel). Mit Recht haben auch das Österreichische Gesetzbuch § 1431 und das Preußische Landrecht I, 16 § 175 ausgesprochen, daß die Zurückforderung einer Nichtschuld von der Entschuldbarkeit des Irrthums in keiner Weise abhänge.

Beilage III.

Es giebt Fälle der Zahlung einer Nichtschuld, in welchen der Akt der Zahlung selbst nichtig ist, nämlich wenn der Nichtigkeitsgrund nicht bloß auf die vermeintliche Schuld, sondern auch auf den Zahlungsakt sich erstreckt, z. B. wenn ein Veräußerungsunfähiger zahlt oder wenn eine nicht insinuirte große Schenkung oder zwischen Ehegatten eine Schenkung gezahlt wird (in diesen Fällen ist selbst die wissentliche Zahlung nichtig), ferner in den Fällen oben § 186 Beil. Lit. B. a—c. In solchen Fällen geht das Eigenthum der gezahlten Sachen auf den Empfänger nicht über; der Kläger kann sie daher von diesem und jedem dritten Besitzer mit der Eigenthumsklage herausfordern; D. de condict. indeb. 12, 6 l. 29; Arndts § 145 Note h. i, s. oben § 196 Lit. C. 5. Natürlich muß aber der Zahlende, wenn er in diesen Fällen die rei vindicatio anstellt, sein Eigenthum an der Sache beweisen. Eine persönliche Klage gegen den Empfänger und dessen Schuldnachfolger auf Herausgabe der in ihren Händen noch befindlichen Sache, bei der er sein Eigenthum nicht zu beweisen haben würde, hat er in solchen Fällen nach römischem Rechte nicht; denn die condictio sine causa war hier unzulässig, weil sie, wie überhaupt in der Regel die Kondiktionen, nur von einem Nichteigenthümer gegen den Empfänger, der die Sache ins Eigenthum bekommen hat, angestellt werden konnte (Arndts § 340 Nr. 1). Bei uns aber wird man anzunehmen haben, daß diese Beschränkung der Kondiktionen (stricti iuris actiones), vermöge welcher nur ein Nichteigenthümer sie anstellen kann, nicht mehr gilt, daß man daher die aus einem nichtigen Geschäfte geleistete Sache in den genannten Fällen, also wenn die Nichtigkeit auch auf die Übergabe sich erstreckt, somit der Zahlende Eigenthümer der gezahlten Sache bleibt, von dem unberechtigten Empfänger und dessen Schuldnachfolgern mit einer persönlichen Klage, welche lediglich auf das Fundament der ungültig geschehenen Zahlung gestützt ist, mit einer actio ad exhibendum zurückfordern könne. Im römischen Rechte war wenigstens Das zugegeben, daß wenn Jemand wegen einer Sache, die von ihm in die Hände eines Andern kam,

dieſen mit der actio ad exhibendum (Arndts § 346) belangte und der Letztere den Anſpruch des Klägers auf die Sache nicht in Abrede zog, dann der Beklagte die Sache ſelbſt herauszugeben hatte; D. ad exhib. 10, 4 l. 5 § 2, 3, 4, 5 l. 9 pr. § 1 l. 15; vgl. auch Windſcheid Pandekten § 474 Nr. I. Man wird aber bei uns wohl noch den Schritt weiter gehen können, die perſönliche actio ad exhibendum gegen den Empfänger auch Demjenigen auf Herausgabe zu geben, welcher auf den Grund einer nichtigen Zahlung ſeinen Anſpruch auf Herausgabe der Sache ſtützt; vgl. auch mein Württemb. Privatrecht II § 86 Note 36.

Condictio ob causam datorum.

§ 220.

(Arndts § 342.)

Die Hauptfälle dieſer Klage bei den Römern[1] ſind bei uns unpraktiſch. Indeß kann ſie doch auch bei uns noch vorkommen, wenn nämlich ein Geſchäft eingegangen wurde unter der Vorausſetzung eines gewiſſen Erfolges oder des Daſeins oder der Fortdauer gewiſſer Umſtände, das Vorausgeſetzte aber tritt nicht ein, oder jene Umſtände fallen ſpäter weg, ſo kann man das Geleiſtete mit der condictio ob causam datorum zurückfordern, aber nur, wenn jene Vorausſetzung ausdrücklich verabredet war oder in der Natur des eingegangenen Geſchäftes lag[2].

Actio ad exhibendum.

§ 221.

(Arndts § 346.)

Die actio ad exhibendum iſt eine perſönliche Klage und zwar:

1) in der Regel eine ſog. actio personalis in rem scripta, d. h. ſie kann gegen Jeden angeſtellt werden, der den betreffenden Gegenſtand in Händen hat. Wenn man nämlich ein Recht in Bezug auf eine Sache, die in den Händen eines Andern iſt, hat oder zu haben glaubt und will es im Proceß geltend machen, es ſtehen aber dieſer Geltendmachung räumliche Hinderniſſe im Wege, ſo iſt der Inhaber der Sache, der dieſe Hinderniſſe durch Vorzeigen oder Herausgeben der Sache heben kann, dazu verbunden und kann mit der actio ad exhibendum dazu angehalten werden und zwar in folgenden Fällen:

[1] Es ſind dies die oben § 184 Lit. B und C 2 ausgeführten Fälle.

[2] S. oben § 80 (Th. I S. 402). Meine Erörterungen II S. 93. Hierher gehören namentlich die bei Arndts l. c. Anm. 2 aufgeführten Fälle.

a. Wenn man ein Recht, ſei es ein dingliches oder ein perſönliches, geltend machen will in Beziehung auf eine Sache, die ein Dritter in Händen hat, ſo kann es ſehr von Intereſſe ſein, ſich vorher zu vergewiſſern, ob er wirklich die Sache in Händen hat, die wir meinen; ferner kann es von Intereſſe ſein, den gegenwärtigen Zuſtand der Sache zu konſtatiren, wegen des Erſatzes für den Fall, daß der Inhaber während des Proceſſes die Sache abhanden kommen laſſen oder verderben würde. In ſolchen Fällen kann man in den genannten Beziehungen die actio ad exhibendum auf Vorweiſen der Sache anſtellen[1].

b. Wenn man das Eigenthum einer Sache dadurch verloren hat, daß ſie mit einer fremden Hauptſache als Nebenſache in phyſiſche Verbindung gebracht wurde: ſo kann man in manchen Fällen gegen den Beſitzer der Hauptſache mit der actio ad exhibendum verlangen, daß er die Nebenſache von ihr trenne, damit nun unſer Eigenthum wieder auflebe und wir ſie dann vindiciren können[2].

2) In gewiſſen Fällen iſt die Klage nicht in rem scripta, geht aber auf Reſtitution einer Sache, nämlich wenn der zur Exhibition Verpflichtete (Nr. 1) durch eine doloſe Handlung die Exhibition ſich unmöglich machte[3]; in dieſem Falle kann der Berechtigte mit der actio ad exhibendum Erſatz ſeines Intereſſes verlangen[4].

Die Verbindlichkeit zur Vorweiſung einer Urkunde oder ſog. Edition von Urkunden[5] iſt im Civilproceß zu entwickeln.

Viertes Kapitel. Sicherung einer Forderung durch Interceſſion*.

§ 222.

(Arndts §§ 349—363.)

A. Bürgſchaft; ſie iſt ein Vertrag mit dem Gläubiger eines Dritten, vermöge deſſen man dem Gläubiger, lediglich zu ſeiner Sicher-

---

[1] Arndts l. c. Note b—l. und Anm. 2.

[2] Arndts l. c. Note c und oben § 133. — Auch gehört hierher noch der oben § 119 a. E. (Th. II S. 13) und der § 134 a. E. angeführte Fall.

[3] Ferner in den oben § 219 Beil. III a. E. angegebenen Fällen.

[4] D. h. t. 10, 4 l. 9 pr. § 1—3, § 7. 8. Bangerow Pand. § 707 Nr. III 2.

[5] Über das interdictum de tabulis exhibendis ſ. Arndts l. c. Anm. 4.

* Über den Begriff und die einzelnen Fälle der Interceſſion ſ. oben § 194. Hier ſind

heit, neben ſeinem Schuldner (dem ſog. Hauptſchuldner) für eine Schuld haften zu wollen verſpricht, man alſo zum Zweck der Sicherung der fremden Schuld als Mitſchuldner hinzutritt. Die Grundſätze über Bürgſchaft gehen im Weſentlichen dahin:

I. Nach römiſchem Recht konnte ein Bürgſchaftsvertrag in zwei verſchiedenen Formen eingegangen werden:

1) durch eine stipulatio des Bürgen mit dem Gläubiger (durch welche er für die Schuld des Hauptſchuldners haften zu wollen erklärte); dies war die fideiussio[1]; ſie war ſomit ein negotium stricti iuris und daraus erklären ſich die ſtrengeren Grundſätze bei ihr[2]. Es liegt nämlich im Weſen einer Bürgſchaft, daß das Geſchäft lediglich den Zweck hat, dem Gläubiger für ſeine Forderung Sicherheit zu verſchaffen. Wenn daher Jemand in einer stipulatio fideijubirte, aber noch andere Zwecke für den Gläubiger damit verbinden wollte (fideiussio in duriorem causam), alſo der Vertrag über den Zweck der bloßen Sicherung hinausging, ſo war der Vertrag nichtig, da die stipulatio eine freiere Beurtheilung nicht zuließ[3].

2) Es konnte aber auch für die Schuld eines Andern durch ein bloßes pactum mit dem Gläubiger gutgeſagt werden (constitutum debiti alieni[4]). Ein ſolches pactum wurde theils durch das prätoriſche Edikt, theils durch Juſtinian für klagbar erklärt[5]. Dieſes constitutum war kein stricti iuris negotium, wurde daher freier nach dem übereinſtimmenden Willen und Sinne der Parteien beurtheilt[6]. Allein ein ſolches constitutum konnte zu verſchiedenen Zwecken eingegangen werden. Dasſelbe war nämlich

a. urſprünglich ein pactum mit dem Gläubiger über eine fremde Schuld, in welchem man dieſem verſprach, Das, was ſein Schuldner ihm ſchuldete, zahlen zu wollen[7]. Das pactum ging alſo lediglich auf Zahlung der fremden Schuld, wie ſie zur Zeit des pactum beſtand, wobei aber der Paciscent dem Gläubiger noch beſondere Vortheile und Bequemlichkeiten zuſagen konnte, die er bei der bloßen

---

nur noch die Fälle der ſog. kumulativen Interceſſion und die Grundſätze über Interceſſionen zu entwickeln.

[1] Arndts § 350. [2] S. Arndts l. c. bei Note h—m.
[3] Arndts l. c. [4] Arndts § 351.
[5] Arndts § 351 Note a. b. f. und oben § 191 Nr. III.
[6] Daraus erklärt ſich der bei Arndts § 351 bei Note g—l erwähnte Grundſatz.
[7] Arndts § 351 Note a und Anm. 1.

Bürgſchaft nicht hatte, z. B. zahlen zu wollen an einem andern Ort oder zu einer früheren Zeit, als der Schuldner verbunden iſt, oder etwas Anderes, wenn es der Gläubiger vorziehen würde[8]. Dieſes constitutum war alſo weſentlich von der bloßen Bürgſchaft verſchieden.

b. Später aber konnte ein constitutum auch dahin geſchloſſen werden, daß der Konſtituent verſprach, für die Schuld des Schuldners gerade ſo haften zu wollen, wie der Schuldner[9]. In dieſem Falle hatte das constitutum lediglich den Zweck, dem Gläubiger Sicherheit für ſeine Forderung, wie ſie zur Zeit ihrer Realiſirung beſtehen werde, zu verſchaffen. Es war daher in dieſem Fall nichts Anderes, als eine Bürgſchaft, geſchloſſen durch ein bloßes pactum.

II. Bei uns fällt die formelle Verſchiedenheit zwiſchen constitutum und fideiussio weg, da (wir keine Stipulationen mehr haben, und) bei uns alle Interceſſionen durch bloße pacta klagbar geſchloſſen werden. Hieraus folgt:

a. Wir können zwiſchen fideiussio und dem vorhin unter I. 2. b. angeführten Falle das constitutum gar nicht mehr unterſcheiden. In ſo weit kann man ſagen[10], daß bei uns jede Bürgſchaft in der Formloſigkeit des pactum geſchloſſen wird und was das römiſche Recht aus der Natur der fideiussio als stricti iuris negotium folgert, gilt bei uns nicht mehr. In allen Punkten daher, in denen das constitutum vermöge ſeiner freieren Form als pactum von der fideiussio ſich unterſchied, gilt bei uns nicht das Recht der fideiussio, ſondern das des constitutum[11].

b. Diejenigen Fälle des constitutum aber, die von der Bürgſchaft nach Zweck und Weſen verſchieden ſind (Nr. I. 2 a., können wir nicht als Fälle der Bürgſchaft behandeln, weil ſie über den Zweck der Sicherung des Gläubigers hinausgehen. Sie bilden ein beſonderes Geſchäft[12].

III. Die Grundſätze über die Bürgſchaft (constitutum und fideiussio) gehen im Weſentlichen dahin:

1) Die Bürgſchaft (constitutum und fideiussio) iſt ein Vertrag

---

[8] Arndts § 351 Note i—l. Vgl. beſonders Bruns in der Zeitſchrift für Rechtsgeſchichte I S. 95 ff.

[9] Cod. de pec. const. 4, 18 cst. 3. Bruns l. c.

[10] Arndts § 353. [11] Vgl. beſonders Arndts § 351 Noten f—h.

[12] Es iſt daher unrichtig und irreführend, wenn Arndts § 353 auch ſie mit der Bürgſchaft amalgamirt, wobei er jedoch im Texte bei Anm. 4 wieder ins Rechte einlenkt.

Deſſen, der ſich verbürgen will, mit dem Gläubiger und kann alſo ganz gültig geſchloſſen werden, wenn auch der Hauptſchuldner Nichts davon weiß[13]. Nur kann im letztern Falle der Bürge, wenn er für den Hauptſchuldner zahlen muß, gegen dieſen ſeinen Regreß bloß nehmen, wenn ſeine Zahlung eine gültige negotiorum gestio für ihn war[14], oder wenn er ſich vom Gläubiger deſſen Forderung gegen den Hauptſchuldner abtreten ließ, was er bei der Zahlung verlangen kann[15].

Natürlich kann aber auch der Schuldner einen Bürgen ſtellen (der gewöhnliche Fall), d. h. Jemanden beauftragen, für ihn beim Gläubiger Bürgſchaft zu leiſten. Dann kann der Bürge ſtets, wenn er zahlen muß, mit der actio mandati contraria von ihm Erſatz verlangen[16].

2) Der Bürge haftet für die Schuld des Hauptſchuldners neben demſelben als acceſſoriſcher correus debendi[17]. Die Grundſätze der Korrealobligation ſind aber hier weſentlich modificirt, weil die Bürgſchaft nicht eine reine, ſondern eine acceſſoriſche Korrealobligation iſt, d. h. lediglich zur Sicherheit für eine fremde Schuld eingegangen. Daraus folgt, daß der Bürge nur ſo für die Hauptſchuld haftet, wie ſie beim Schuldner beſteht, und nur in ſo fern und ſo weit, als ſie zur Zeit ihrer Realiſirung beſteht[18]; denn er will bloß für Das gut ſagen, was der Hauptſchuldner wirklich ſchuldet. Iſt daher oder wird die Hauptſchuld nichtig oder getilgt, ſo iſt oder wird es auch die Bürgſchaftsſchuld; iſt oder wird die Hauptſchuld anfechtbar, ſo iſt es auch die Bürgſchaft, d. h. der Bürge kann ſich aller derjenigen Einreden gegen den Gläubiger bedienen, welche der Hauptſchuldner gegen die Schuld hat[19]; außer wenn er darauf verzichtete (ſei es ausdrücklich oder faktiſch dadurch, daß er gerade deßhalb ſich verbürgte, um den Gläubiger gegen dieſe Einrede zu decken[20]), oder wenn die Einrede

---

[13] D. de fidei iussorib. 46, 1 l. 30.

[14] Vgl. oben § 203 Beil. I. — Arndts § 356 Note d. g.

[15] Sog. beneficium cedendarum actionum. Arndts § 355 Nr. 3 und § 356 letzter Abſatz, wobei aber das oben § 177 bei Anm. 15 Bemerkte zu beachten iſt.

[16] Arndts § 356 Note c.

[17] Arndts § 350 Note n. — Danach iſt näher zu beſtimmen, was Arndts § 350 Anm. 4 ſagt. — Es gelten hier im Allgemeinen die oben in § 177 Nr. III ausgeführten Grundſätze.

[18] S. Arndts § 354 Note h. — Vgl. indeß auch ebendaſelbſt bei Note d. e über den Verzug ꝛc. des Hauptſchuldners.

[19] Vgl. oben § 84 Nr. I 3, II 3, III 3 (Th. I S. 421 ff.).

[20] Vgl. oben § 84 Beil. II Lit. A 5 (Th. I S. 433).

eine solche ist, von welcher die Gesetze ausnahmsweise bestimmen, daß sie bloß ein Recht des Hauptschuldners sein sollen (wie die exceptio beneficii competentiae[21]).

Natürlich kann außerdem der Bürge auch noch für seine Person besondere Einreden gegen den Gläubiger erwerben, z. B. eine exceptio doli, wenn der Gläubiger ihn durch Betrug zur Bürgschaftsleistung inducirte; exceptio compensationis, wenn er selbst eine Forderung gegen den Gläubiger hat[22].

Der Hauptschuldner haftet nicht für die Handlungen des Bürgen, z. B. wenn dieser den Gegenstand der Obligation vernichtet, so daß der Hauptschuldner ihn nicht mehr leisten kann, so wird der Hauptschuldner liberirt und der Bürge muß Ersatz geben.

3) Da der Bürge als correus für die Hauptschuld haftet, so hat der Gläubiger an sich stricto iure die Wahl, ob er zuerst den Bürgen oder den Hauptschuldner belangen will[23]. Aber Justinian milderte dies zu Gunsten des Bürgen wesentlich[24] durch das sog. beneficium excussionis sive ordinis. Wenn nämlich der Gläubiger den Bürgen vor dem Hauptschuldner belangt: so kann der Bürge mit einer exceptio excussionis vorläufig Zahlung verweigern und verlangen, daß der Gläubiger erst versuche, vom Hauptschuldner Zahlung zu verlangen, und erst, wenn dieser Nichts oder nicht Alles zahlen kann, ihn, den Bürgen, in Anspruch nehme[25].

4) Wenn sich Mehrere für den Schuldner verbürgten: so haben sie das beneficium divisionis, d. h. wenn der Gläubiger den Einen auf Zahlung belangt, so kann dieser excipiendo verlangen, der Gläubiger solle seine Forderung unter ihm und denjenigen der anderen Bürgen, welche zahlungsfähig (und gültig verpflichtet) sind, nach Kopftheilen theilen und von ihm bloß seinen Kopftheil verlangen[26].

5) Ein besonderer Fall der Bürgschaft ist die sog fideiussio indemnitatis, d. h. wenn der Bürge sich bloß dahin verpflichtete, für Das haften zu wollen, was der Gläubiger vom Hauptschuldner

---

[21] Arndts § 357 Nr. 1. 3 und Anm. 3—5.

[22] D. de compens. 16, 2 l. 5.

[23] Es gilt hier an sich das oben § 177 Nr. III 2 Gesagte, wenn nicht ausdrücklich etwas Anderes verabredet ist, vgl. Arndts § 355 Note a. b.

[24] Nov. 4 cap. 1.

[25] Das Nähere darüber s. bei Arndts § 355 Nr. 1. Vgl. oben § 195 Beil. Nr. II 2.

[26] S. Arndts § 355 Nr. 2. Meine Erörterungen III S. 57 ff.

nicht bekommen werde. In diesem Falle kann natürlich der Gläubiger schon an sich (ohne daß es einer exceptio excussionis bedürfte) erst dann gegen den Bürgen klagen, wenn er den Hauptschuldner ausgeklagt hat und dieser ihn nicht ganz bezahlen kann[27].

6) Für den Bürgen ist es natürlich sehr wichtig, daß der Hauptschuldner ein solventer Mann ist. Deßhalb braucht er sich nicht einen willkürlichen Wechsel in der Person des Hauptschuldners gefallen zu lassen. Wenn daher bei einer Schuldübernahme[28] eine Bürgschaft, die für den alten Schuldner geleistet wurde, auch für den neuen gelten soll: so ist Zustimmung des Bürgen nöthig. Dagegen bleibt er verhaftet, wenn der Hauptschuldner stirbt und die Schuld auf dessen Erben übergeht. Ist aber der Erbe insolvent: so muß sich der Gläubiger durch das beneficium separationis[29] sichern. Denn, thut er dies nicht — und ist deßhalb der Erbe nicht im Stand, ihn zu bezahlen, machte er sich also dadurch eine wirksame excussio des Schuldners unmöglich: so braucht der Bürge ihm nicht zu zahlen[30].

B. Constitutum debiti alieni. Dieses ist in der Regel (wenn es lediglich zum Zweck der Sicherheit des Gläubigers eingegangen wird) nichts Anderes, als eine Bürgschaft[31]. Nur wenn bei dem constitutum dem Gläubiger über die bloße Sicherheit seiner Forderung noch andere Vortheile eingeräumt werden, dann ist es ein von der bloßen Bürgschaft verschiedener Vertrag; z. B. wenn ich verspreche, die Schuld eines Andern, noch ehe dieselbe verfallen ist, sofort oder an einem bestimmmten Tage zahlen zu wollen; denn hier will ich dem Gläubiger nicht nur größere Sicherheit, sondern auch den Vortheil verschaffen, die Forderung früher, als der Hauptschuldner zu zahlen verbunden ist, oder zu einer genau bestimmten Zeit zu realisiren. In solchen Fällen mache ich mich in einer eigenthümlichen Weise solidarisch verbindlich für die Schuld des Hauptschuldners; aber eine eigentliche Bürgschaft ist dies nicht[32].

---

[27] D. de V. O. 45, 1 l. 116. — Arndts § 355 bei Note b.

[28] Vgl. oben § 194 Nr. II 2. [29] S. Arndts § 524.

[30] Dies folgt aus dem oben Nr. 3 a. E. Gesagten und bei Arndts § 357 Nr. 2.

[31] Vgl. oben Lit. A Nr. I 2. 6.

[32] Die Obligation des Konstituenten ist hier im Verhältnis zur Obligation des Hauptschuldners nicht, wie Arndts § 353 und § 355 Anm. 5 glaubt, eine eigentliche Bürgschaft, sondern eine solidarische Obligation im engern Sinne und nach den oben in § 178 ausgeführten Grundsätzen zu beurtheilen; auch findet natürlich in solchen Fällen nicht das beneficium excussionis statt, weil dies dem Sinn einer solchen Verabredung

C. Das ſog. mandatum qualificatum, Kreditauftrag. Auch dieſer Fall iſt von der Bürgſchaft in Manchem weſentlich verſchieden [33].

D. Interceſſionen der Frauensperſonen. Durch eine Interceſſion (§ 194) kann man häufig einem Bedrängten aus der Noth helfen, indem man für ihn Bürgſchaft leiſtet oder für ihn gar als Schuldner (privativ) eintritt. Mancher läßt ſich leicht zur Interceſſion verleiten, namentlich wenn er weichherzig iſt, weil man hier mit einem Wort helfen kann und nicht daran denkt, daß es ſeiner Zeit zum Zahlenmüſſen kommen kann, oder weil man hofft, der Hauptſchuldner werde uns decken. Allein hierin täuſcht man ſich nur gar zu oft und muß man dann zum eigenen großen Schaden für den Schuldner zahlen und dieſem fehlen zu oft die Mittel, uns zu entſchädigen. Solchen Gefahren ſind beſonders die Frauen ausgeſetzt bei ihrer Weichheit und Unerfahrenheit. Deßhalb ſuchte das römiſche Recht gerade ſie in dieſer Beziehung zu ſchützen. Wenn nämlich eine verpflichtungsfähige (alſo namentlich volljährige) Frauensperſon ein Geſchäft eingeht, das unter den Begriff der Interceſſion (§ 194) fällt, ſo iſt der Vertrag für ſie in der Regel nicht verbindlich. Es iſt aber zu unterſcheiden:

I. Nach einem senatusconsultum Velleianum [34] ſind

1) Interceſſionen einer Frauensperſon zwar an ſich gültig, aber anfechtbar, d. h. die Frau, ihre Erben und ihre Bürgen können, wenn aus der Interceſſion auf Zahlung gegen ſie geklagt wird, mit einer exceptio senatusconsulti Velleiani die ganze Obligation ex intercessione perimiren [35]. Zahlt daher die Frau, ſo kann ſie das Gezahlte mit einer condictio indebiti zurückfordern (§ 219);

---

ganz widerſprechen würde. (Das Letztere giebt auch Arndts § 355 Anm. 5 im Weſentlichen zu.) Z. B. wenn A. in Dresden mir 1000 M. in 2 Jahren in Dresden zahlbar ſchuldig iſt, und ich beſtimme den B. in Leipzig, mir zuzuſagen, er wolle für dieſe Schuld haften und zwar ſo, daß ich das Geld von ihm noch 3 Monate früher und zwar in Leipzig ausbezahlt verlangen kann. Hier wäre es doch ganz gegen die Natur dieſer Verabredung, wenn B., falls ich ihn nun 3 Monate früher auf Zahlung in Leipzig belange, mit der exceptio excussionis von mir verlangen könnte, ich ſolle erſt den A. nach den 3 Monaten auf Zahlung in Dresden belangen.

[33] Arndts § 353 vermiſcht dieſen Fall völlig mit der Bürgſchaft. Näheres über das mandatum qualificatum und über den von ihm verſchiedenen Fall des Ertheilens eines Kreditbriefes ſ. oben § 202 Beil. II.

[34] Unter Claudius, 56 n. Chr. (Konſul Vellejus Tutor).

[35] Auf die oben in § 84 Nr. II (Th. I S. 422 f.) ausgeführte Weiſe.

außer ſie hätte gewußt, daß ſie zum Zahlen nicht gezwungen werden könne[36].

2) Es gab aber eine Reihe von Fällen, in denen das senatusconsultum ceſſirte, d. h. die Interceſſion unanfechtbar war und die Frau und ihre Erben wirklich daraus belangt werden konnten[37].

II. Noch viel weiter ging Juſtinian. Er beſtimmte — und dies iſt das neueſte römiſche und bei uns gemeinrechtlich geltende Recht —:

1) Frauensperſonen müſſen bei jeder Interceſſion eine beſtimmte Form beobachten[38]. Wird ſie nicht beobachtet, ſo iſt die ganze Interceſſion an ſich ſchon null und nichtig[39]. Die Intercedentin hat alſo in ſolchem Fall eine exceptio senatusconsulti Velleiani gar nicht nöthig, weil ja der ganze Akt an ſich Nichts gilt[40]. Iſt aber die Form beobachtet, ſo iſt nun die Interceſſion zwar an ſich gültig, aber nun treten erſt noch die Beſtimmungen des senatusconsulti Velleiani ein, d. h. die Frau, ihre Erben u. ſ. w. können die an ſich gültige Interceſſion mit der exceptio senatusconsulti anfechten und dann gilt das unter I. Geſagte[41].

2) Noch Beſonderes beſtimmte Juſtinian für den Fall, wenn eine Ehefrau für ihren Mann intercedirt. Eine ſolche Interceſſion iſt ganz ungültig und nichtig, in welcher Form ſie auch eingegangen ſein mag, außer wenn und ſo weit der Betrag der Schuld, für welche die Frau intercedirte, zu ihrem Beſten verwendet wurde[42].

III. Nach kanoniſchem Recht nimmt man an, daß eine Frau durch einen Eid jeden Mangel bei ihrer Interceſſion beſeitigen kann[43]. Hiernach iſt gemeinrechtlich jede Interceſſion einer Frau, ſelbſt die einer Ehefrau für ihren Mann, gültig und unanfechtbar, wenn ſie ſie beſchwor, oder dabei eidlich ihren weiblichen Rechtswohlthaten entſagte. Auch haften nach deutſchem Recht Handelsfrauen aus

[36] Näheres ſ. bei Arndts § 360, wobei der zweite Abſatz beſonders zu beachten iſt.

[37] Dies ſind die bei Arndts § 361 Nr. 1—6 aufgeführten Fälle.

[38] S. Arndts § 362.

[39] In der oben in § 84 Nr. I (Th. I S. 421) ausgeführten Weiſe.

[40] Cod. ad SC. Vellei. 4, 29 cst. 23.

[41] Cod. cst. 23 cit. — Nur in den bei Arndts § 362 unter Nr. 1. 2 angeführten Fällen iſt die Interceſſion auch ohne jede Form von Anfang an gültig und unanfechtbar.

[42] Nov. 134 cap. 8, aus welcher genommen iſt die Authentica Si qua mulier und Cod. ad SC. Vellei. 4, 29 nach cst. 22.

[43] S. oben § 188 Beil.

Interceſſionen, die ſie bei ihren Handelsgeſchäften eingingen, durchaus wie ein Mann.

IV. Manche deutſche Partikularrechte haben hier das gemeine Recht weſentlich geändert und beſtimmt, daß die Frau eine gewiſſe (gerichtliche ꝛc.) Form bei ihrer Interceſſion zu beobachten habe und dann ihre Interceſſion vollkommen wirkſam und unanfechtbar iſt; andere Partikularrechte ſchreiben ſogar die Form bloß vor bei Interceſſionen der Ehefrau für ihren Mann, nicht aber bei Interceſſionen für andere Perſonen, ſo daß, wenn eine Frauensperſon für andere Perſonen intercedirt, nichts Beſonderes, ſondern Dasſelbe gilt, wie bei Interceſſionen des Mannes.

Fünftes Kapitel. Sicherung der Forderungen durch Pfandrecht.

Begriff, Natur und Gattungen des Pfandrechts*.

§ 223.

(Arndts §§ 364. 365.)

Das Pfandrecht hat, wie die Bürgſchaft, lediglich den Zweck, einen Gläubiger wegen ſeiner Forderung zu ſichern. Es ſoll durch das Pfandrecht einem Gläubiger ein Vermögensgegenſtand verhaftet werden, an den er ſich, wenn er nicht bezahlt wird, halten kann[1] (und zwar in der Regel in der Art, daß er ihn verkaufen und aus dem Erlös ſich bezahlt machen darf). Soll aber ein ſolches Recht gehörig ſichern, ſo muß die Geſetzgebung es als dingliches Recht anerkennen, alſo als ein ſolches, das dem Gläubiger eine unmittelbare Herrſchaft über die verpfändete Sache giebt[2], damit, wenn die Sache an einen andern Eigenthümer kommt (z. B. durch Veräußerung des Verpfänders), dadurch dem Gläubiger ſeine Sicherheit nicht verloren geht, ſondern er ſein Pfandrecht unmittelbar gegen die Sache ſelbſt, alſo gegen Jeden, der ſie in Händen hat, ſomit auch gegen jeden

---

* Die Litteratur ſ. bei Arndts § 364 Anm. 1.

[1] Vgl. unten § 228.

[2] Somit den oben in § 148 entwickelten Charakter hat.

ſpäteren Eigenthümer geltend machen kann[3]. Dies erkennen auch unſere Quellen durchaus an. Hiernach iſt Pfandrecht, pignus im weitern Sinne, dasjenige Recht, vermöge deſſen dem Gläubiger zur Sicherung wegen einer Forderung ein Vermögensgegenſtand verhaftet wird, und zwar in der Regel[4] mit der Wirkung, daß er ihn ſeiner Zeit zum Zwecke ſeiner Befriedigung zur Veräußerung bringen, und aus dem Erlös ſich bezahlt machen kann.

Im römiſchen Recht bildete ſich das Pfandrecht nur allmählich (in verſchiedenen Formen) aus. Die älteſte Form war die fiducia pignoris iure contracta. Es wurde eine Sache dem Gläubiger in Eigenthum übertragen[5], aber contracta fiducia, d. h. der Gläubiger mußte verſprechen, die Sache wieder zurückzuübertragen, ſobald die Schuld bezahlt werde[6]. Er blieb Eigenthümer der Sache, bis er bezahlt wurde, hatte ihren Genuß, konnte die Sache, wenn ſie aus ſeiner Hand kam, von Jedem, auch vom Schuldner vindiciren. Nur durfte er ſie nicht veräußern[7]. Indeß hatte dieſer Weg doch manches Unbequeme und Mißliche, beſonders für den Schuldner. Deßhalb kam das Civilrecht[8] auf den Fauſtpfandkontrakt (contractus pignoratitius, pignus im engern Sinne), vermöge deſſen auf den Gläubiger nicht das Eigenthum, wie bei der fiducia, ſondern bloß der (abgeleitete) Beſitz der Sache übertragen wurde, mit der Befugnis, die Sache ſo lange zu retiniren, bis er bezahlt werde. Urſprünglich nämlich war mit dem Fauſtpfand (pignus im engern Sinne) nicht ein Veräußerungsrecht verbunden; nur wurde es bald gewöhnlich, durch einen beſondern Nebenvertrag der Parteien dem Gläubiger dabei das Recht einzuräumen, wenn die Schuld nicht bezahlt werde, das Pfand zum Zweck ſeiner Befriedigung zu veräußern. Allein auch bei dieſem pignus hatte der Verpfänder das Unangenehme, die Sache aus ſeinen Händen geben zu müſſen (während doch meiſt für die Sicherheit des Gläubigers genügend geſorgt ſein würde, wenn ihm die Möglich-

---

[3] Vgl. oben § 148 Nr. VI. [4] Vgl. unten § 224 Nr. I.

[5] Durch mancipatio oder in iure cessio, nicht durch bloße traditio.

[6] Vgl. Dernburg Das Pfandrecht nach den Grundſätzen des heutigen römiſchen Rechts I. 7 f.

[7] Er konnte dies zwar als Eigenthümer; aber er beging damit einen Wortbruch (fiducia). Erſt allmählich wurde durch beſonderen Nebenvertrag die Ermächtigung zur Veräußerung, wenn der Schuldner nicht bezahlte, ertheilt.

[8] Das Nähere gehört in die Rechtsgeſchichte.

keit des Verkaufs der Sache garantirt ist); auch sicherte der Vertrag den Gläubiger nicht gehörig; denn er gab ihm nur ein persönliches Recht gegen den Schuldner.

Hier half nun das prätorische Edikt. Dieses erkannte an, daß auch ohne Besitzübertragung durch einen bloßen Vertrag ein Pfandrecht soll bestellt werden können, durch das pactum hypothecae; also so, daß die Sache in den Händen des Verpfänders bleibt und daß damit stets das Veräußerungsrecht verbunden sein soll[9]. Dabei gab das Edikt zuerst in einem gewissen Falle[10] dem Pfandgläubiger eine dingliche Klage, die hypothecaria oder Serviana actio, die dann allmählich auch auf die übrigen Fälle der Hypothek und auch auf das pignus ausgedehnt wurde, und so wurde das Pfandrecht als dingliches Recht, verbunden mit dem ius distrahendi, anerkannt[11].

Die Natur des Pfandrechts und die leitenden Grundsätze bei demselben bestimmten sich hiernach dahin:

1) Nur Derjenige kann eine Sache gültig verpfänden, dem sie gehört[12]. Wenn aber einmal von Diesem oder in seinem Namen vom Richter oder durch gesetzliche Bestimmung ein Pfandrecht an seiner Sache bestellt ist, so haftet es nun als ius in re, als dingliches Recht auf der Sache, so daß (sie von ihm überallhin begleitet wird, und) es bestehen bleibt, wenn auch die Sache ihren Eigenthümer ändert[13]. Somit kann der Pfandgläubiger vermöge seines dinglichen Rechts seiner Zeit die Sache jedem Besitzer abfordern und sie gültig zum Verkauf bringen. Es ist deßhalb die verpfändete Sache gleichsam für die Forderung verhaftet, oder wie die Quellen sagen: res obligata est. Aber daraus darf man nicht, wie manche Neuere wollten, das Unding einer dinglichen Forderung machen und das Pfandrecht für eine wirkliche obligatio halten, in der die verpfändete Sache stehe. Denn jener Ausdruck bezeichnet nichts Anderes, als die dingliche Natur des Pfandrechts, gerade wie: »res servit« die dingliche Natur der Servitut[14].

---

[9] Der Gläubiger konnte nur seiner Zeit die Sache dem Inhaber abfordern, um sich durch ihren Verkauf zu befriedigen.

[10] Verpfändung der invecta et illata des Pachters, s. Arndts § 378 Anm. 1.

[11] Arndts § 365 bes. Anm. 1, und § 378 Anm. 1.

[12] S. oben § 148 Nr. V. [13] S. oben § 148 Nr. VI.

[14] Arndts § 364 Anm. 3; v. Keller Pandekten § 190. Mein Württemb. Privatrecht II S. 317.

2) Durch ein Pfandrecht, das auf einer Sache haftet, wird vermöge seiner dinglichen Natur eine Beschränkung und in so fern eine Minderung des Eigenthums an der Sache begründet[15].

3) Das Pfandrecht ist ein accessorisches Recht, d. h. es dient dem Gläubiger lediglich zur Sicherung seiner Forderung, bildet also ein dieser Forderung anhängendes Nebenrecht. Hieraus folgt, daß, wenn die Forderung nicht zu Recht besteht, also nichtig ist, auch das Pfandrecht nichtig ist; ferner: daß dieselben (peremtorischen) Einreden, mit denen der Schuldner die Forderung anfechten, somit vernichten kann, auch gegen das Pfandrecht, das für sie bestellt ist, geltend gemacht werden können, und daß das Pfandrecht erlischt oder anfechtbar ist, sobald die Forderung erlischt oder anfechtbar wird[16].

4) Das Pfandrecht äußert seine Wirksamkeit in der Regel bloß in einem vorübergehenden Akt, d. h. darin, daß seiner Zeit der Gläubiger (im Nothfall) zum Zwecke seiner Befriedigung das Pfand verkaufen und sich aus dem Erlös bezahlt machen kann. Wenn dies dann geschehen ist, so erlischt es. Hieraus erklärt sich von selbst, daß es einen Besitz eines Pfandrechtes, eine iuris quasi possessio desselben nicht geben kann und eben so wenig eine Erwerbung des Pfandrechts durch Ersitzung.

5) Damit darf man aber nicht verwechseln den Besitz der verpfändeten Sache beim Faustpfand; denn dieser ist eine corporis possessio. Es ist nämlich zur Begründung eines Pfandrechts nicht nöthig, daß der Gläubiger das Pfand in die Hand bekommt; ein Pfandrecht kann auch so erworben werden, daß der Verpfänder die Sache in seinen Händen behält und dann heißt es im römischen und gemeinen Recht hypotheca[17].

Es kann aber der Pfandvertrag auch dahin, daß der Gläubiger die Sache in seine Hände bekommen soll, geschlossen und durch Übergabe der Sache vollzogen werden. Dies ist der civilrechtliche contractus pigneratitius, der Faustpfandvertrag[18].

[15] Dies leugnen Manche (auch Arndts § 364 bei Note f.) mit Unrecht, s. oben § 148 Beil. Lit. A.

[16] Es gilt in dieser Beziehung hier ganz, was von der Bürgschaft gilt (vgl. Arndts § 366. 391). — Diese accessorische Natur erleidet aber in einigen Fällen Modifikationen, vgl. unten § 227 Nr. 1 und § 230.

[17] Geschieht eine solche Verpfändung durch Vertrag, so ist der Vertrag ein pactum hypothecae, dem das prätorische Edikt volle Wirksamkeit beilegte.

[18] Arndts § 288 und unten § 226 u. 228.

In diesem Falle heißt das Pfandrecht, pignus im engern Sinne, „Faustpfand". Dadurch bekommt der Pfandgläubiger den Interdiktsbesitz der Sache; er wird corporis possessor. Es ist dies ein Fall des anomalen sog. abgeleiteten Besitzes[19]. Im Übrigen aber ist in den Rechten, die mit dem Pfandrecht verbunden sind, zwischen pignus und hypotheca kein Unterschied[20].

6) Gewöhnlich ist Verpfänder und Schuldner dieselbe Person. Dies ist aber nicht nothwendig; denn der Eigenthümer kann auch seine Sache für eine fremde Schuld verpfänden[21]. Geschieht dies, so intercedirt er eben mit seiner Sache gleichsam für die fremde Schuld[22]; aber die Forderung, für welche das Pfand bestellt wurde, geht natürlich auch in diesen Fällen bloß gegen den Schuldner, nicht gegen den Verpfänder. Der Verpfänder ist hier gar nicht obligirt; nur muß er sich freilich gefallen lassen, daß der Gläubiger, wenn der Schuldner nicht zahlt, ihm die Sache abfordert und zum Zweck seiner Befriedigung veräußert. Eben so ist es, wenn Derjenige, welcher für seine Schuld seine eigene Sache verpfändet, sie später an einen Dritten veräußert. Auf diesen geht die Pfandschuld nicht über; wohl aber bleibt das Pfandrecht an der Sache bestehen, vermöge dessen ihm der Gläubiger die Sache abfordern und sie veräußern kann.

Erfordernisse eines Pfandrechts. Verschiedenheit desselben nach seinem Gegenstand.

§ 224.

(Arndts §§ 366. 367.)

Zur Entstehung eines gültigen Pfandrechts wird erfordert:

a. eine gültige Forderung, für die es haften soll[1];

b. ein Gegenstand, an welchem ein Pfandrecht möglich ist.

Aus Zweck und Natur des Pfandrechts ergiebt sich, daß jedes Vermögensobjekt, welches an Andere veräußert werden, aus dem also ein Werth erlöst werden kann, möglicher Gegenstand eines Pfandrechts ist[2];

---

19 S. oben § 122 Nr. V B 2.
20 S. die Stellen bei Arndts § 365 Anm. 1.
21 D. de pign. 20, 1 l. 50, 2. 22 S. § 194 a. E.
1 S. oben § 223 Nr. 3. Vgl. oben § 78 Beil. III Nr. II 16. c. (Th. I S. 394 f.).
2 D. de pign. 20, I l. 9 § 1. Arndts § 367.

c. ein vom Gesetz anerkannter Entstehungsgrund[3].

Über den möglichen Gegenstand des Pfandrechts ist noch zu bemerken:

I. Man kann auch eine Forderung, die uns gegen Dritte zusteht, verpfänden (pignus nominis[4]). Aber hier bekommt der Pfandgläubiger bloß ein persönliches Recht in Beziehung auf die Forderung[5]; denn an einer Forderung ist ein dingliches Recht nicht möglich; und überhaupt kann man durch das Pfandrecht nicht ein stärkeres Recht bekommen, als der Verpfänder selbst zur Zeit der Verpfändung am Gegenstand hatte.

Bei einer solchen Verpfändung einer Forderung hat der Pfandgläubiger seiner Zeit zum Zweck der Realisirung seines Pfandrechts zwei Wege. Er kann

a. die Forderung verkaufen, d. h. an Andere um Geld cediren und aus dem Erlös sich befriedigen; oder kann er

b. wenn die Forderung verfallen ist, geradezu die persönliche Klage aus der Forderung als actio gegen Den, der sie schuldet, auf Zahlung anstellen. Der Pfandgläubiger kann sich dann, wenn die Forderung auf Geld geht, aus dem Geld bezahlt machen. Geht aber die Forderung auf andere Sachen, so bekommt er dann ein Pfandrecht an diesen Sachen[6].

Übrigens hat bei verpfändeten Forderungen sich der Gläubiger wohl vorzusehen. Durch die Verpfändung einer Forderung wird nämlich das Verhältnis des Schuldners, der die verpfändete Forderung schuldet, zu seinem Gläubiger nicht aufgehoben. Er kann also diesem gültig zahlen; dadurch erlischt dann die Forderung und eben damit verliert das Pfandrecht sein Objekt und muß auch erlöschen[7]. Hiergegen kann sich aber der Pfandgläubiger dadurch schützen, daß er Dem, der die Forderung schuldet, die geschehene Verpfändung der Schuld anzeigt; denn nach dieser denunciatio darf der Schuldner nur an den Pfandgläubiger zahlen, so daß, wenn er doch an seinen Gläubiger zahlt und der Pfandgläubiger nicht befriedigt wird, er diesem nochmals zahlen muß[8].

---

[3] S. unten § 226. [4] Arndts § 367 Note k.
[5] D. h. t. 20, 1 l. 3 § 1. Mühlenbruch Cession (3. Ausg.) S. 190. 520 f.
[6] S. die Stellen bei Arndts l. c. Note e u. f.
[7] Cod. quae res pign. 8, 17 cst. 4 (in den Worten: »nisi« ꝛc.).
[8] Cod. cst. 4 cit.

II. Ein Pfandrecht kann natürlich auch an einer ſolchen Forderung eingeräumt werden, für die ein Pfand beſtellt iſt, an einer Pfandforderung. Hier hat dann der Gläubiger doppelte Sicherheit: es haftet ihm die verpfändete Forderung und noch ihre Acceſſion, d. h. das für ſie beſtellte Pfand; aber Dieſes haftet ihm bloß pro concurrente summa; z. B. A. iſt mir aus einem Kauf 3000 M. ſchuldig und verpfändet mir dafür ſein Haus, das weit mehr werth iſt. Später giebt mir B. ein Darlehn von 4000 M. und ich verpfände ihm meine Kaufsforderung, die ich an A. habe; hier haftet dem B. nicht bloß meine Forderung an A., ſondern auch das Pfandrecht, das mir A. beſtellt hatte. Es kann nun B. (wenn ſeine Forderung an mich verfallen iſt) die Forderung gegen A., die ich ihm verpfändete, veräußern und ſich aus dem Erlös bezahlt machen, ſo weit er reicht; er kann aber auch geradezu gegen A., wenn deſſen Schuld an mich verfallen iſt, mit der Klage, die ich gegen A. habe, alſo mit der actio venditi utilis, Zahlung verlangen, und wenn A. nicht zahlen kann, ſich an das verpfändete Haus halten und dieſes zur Veräußerung bringen. Wenn nun aber aus dem Haus 6000 M. gelöſt werden, ſo kann B. von dem Erlöſe vermöge ſeines Pfandrechtes nur 3000 M. anſprechen, weil das Haus mir nur für 3000 M. verpfändet war; die übrigen 3000 muß er an A. herausgeben; er hat alſo an ſeiner Forderung für 1000 M. keine Deckung[9].

III. Ein Pfandgläubiger kann auch das Pfand, das ihm beſtellt iſt, weiter verpfänden, ein subpignus, ein Afterpfand daran einräumen. Hier iſt aber die Sache, an welcher ihm jenes Pfandrecht zuſteht, nicht eigentlicher (direkter) Gegenſtand des Afterpfandes, weil der Pfandgläubiger nicht über dieſe fremde Sache verfügen und ſie belaſten kann, ſondern Gegenſtand des Afterpfands iſt hier eben das Pfandrecht, das jenem Pfandgläubiger an der Sache zuſteht mit ſeiner Forderung, für die ihm das Pfand beſtellt war. Ein ſolcher Fall iſt alſo völlig gleich dem unter II ausgeführten, d. h. es iſt juriſtiſch Dasſelbe, ob ich eine Forderung verpfände, für die mir ein Pfand beſtellt iſt, oder ob ich ein mir zukommendes Pfand weiter verpfände. Im erſteren Falle iſt mit der Forderung auch das Pfand-

[9] Cod. si pignus pignori 8, 24 cst. 1; D. de pign. act. 13, 7 l. 40 § 2.

recht, im letzteren Falle mit dem Pfandrecht auch die Forderung verpfändet und in beiden Fällen gilt das unter Nr. II Ausgeführte[10].

IV. Beim Gegenstande des Pfandrechts sind nach gemeinem Recht noch folgende Möglichkeiten wichtig. Man kann verpfänden:

A. einzelne Sachen, res singulares[11], sei es eine oder mehrere, aber als einzelne, z. B. meinen Acker, meine Wiese und mein Haus; hier haftet das Pfandrecht eben an den einzelnen bestimmten Sachen und bleibt an ihnen haften, in welche Hände sie auch kommen mögen;

B. mehrere Sachen, nicht als einzelne, sondern einen Inbegriff von Sachen, lediglich bezeichnet durch einen Kollektivbegriff, so daß Alles verpfändet sein soll, was unter diese Bezeichnung fällt; z. B. es verpfändet Jemand seine Herde, seine Bibliothek.

C. Die Gesammtheit seiner Sachen und Rechte, d. h. sein ganzes Vermögen, sog. Generalpfand.

Bei den Fällen unter B. und C. entsteht die Frage: bildet das Verpfändete eine Sachgesammtheit[12], d. h. ein juristisches Ganzes, und mit welchen Wirkungen? Diese Frage ist zu bejahen. Denn wenn Das, was verpfändet sein soll, bloß bezeichnet wird durch einen allgemeinen Begriff, wie: meine Herde, Bibliothek, alle meine Mobilien ꝛc., so kann die Absicht nur die sein, daß das Verpfändete als eine Gesammtheit behandelt, d. h. Alles verpfändet sein soll, was überhaupt unter den Begriff, unter dieses Ganze fällt. Nur ist bei den juristischen Wirkungen zu unterscheiden:

1) Die Sachgesammtheit äußert sich hier darin, daß in solchen Fällen nicht bloß die Sachen als verpfändet gelten, welche zur Zeit der Verpfändung unter dem Ganzen enthalten waren, sondern auch alle Sachen, welche der Verpfänder später erwirbt, wenn sie unter die Kategorie, die er verpfändete, fallen; also z. B. wenn Jemand sein ganzes Vermögen verpfändet, gilt auch sein späterer Erwerb für verpfändet[13], eben so bei einer Herde, Bibliothek ꝛc.[14].

2) Das Pfandrecht aber ergreift natürlich stets die einzelnen

---

[10] Arndts § 367 Note m, vgl. mit Anm. 3.
[11] S. oben § 62 Nr. I (Th. I S. 285). Res specialiter pignori data.
[12] Vgl. oben § 59 Nr. IV (Th. I S. 262. 265).
[13] Cod. quae res pign. 8, 17 cst. 9.
[14] D. de pignorib. 20, 1 l. 13 pr. l. 32.

Sachen, welche unter das verpfändete Ganze fallen[15], und da es ein dingliches Recht ist, so bleibt es auf diesen Sachen auch dann haften, wenn sie in dritte Hand kommen, z. B. der Verpfänder sie veräußert[16].

3) Eine Ausnahme von dem Grundsatz unter Nr. 2 muß natürlich dann eintreten, wenn die verpfändete Sachgesammtheit eine solche ist, bei welcher ihrer Natur nach ein steter schneller Wechsel stattfinden soll, z. B. wenn ein Kaufmann sein Waarenlager verpfändet. Hier würde der Kaufmann natürlich keine Käufer mehr finden, sobald der Pfandnexus auf den verkauften Waaren haften bliebe. Es muß daher in solchen Fällen die Absicht der Partieen dahin gehen, daß nur Das als verpfändet gelten soll, was zur Zeit der Realisirung des Pfandrechts auf dem Lager sich befindet, daß die inzwischen verkauften Sachen vom Pfandnexus frei werden; es kommt hier somit lediglich auf das Ganze an, wie es gerade zur Zeit der Realisirung des Pfandrechts besteht[17].

4) Nur ist es unrichtig, wenn Manche annehmen, im Fall Nr. 3 hafte das Pfandrecht gleichsam an einem Begriff, nicht an den einzelnen Sachen[18]. An einem Begriff kann kein Pfandrecht bestellt werden; auch hier haftet das Pfandrecht an den einzelnen Sachen[19], aber nur an den Sachen, welche zur Zeit der Realisirung des Pfandrechts unter der universitas enthalten sind.

5) Die Verpfändung einer Sachgesammtheit ist natürlich dann nicht anzunehmen, wenn zwar Sachen unter einem Kollektivnamen verpfändet wurden, aber so, daß die Verpfändung sich nur erstrecken soll auf die gegenwärtig unter dem Ganzen enthaltenen Sachen, z. B. ich verpfände das Vieh, das jetzt auf meinem Landgute ist. Denn durch diese Beschränkung auf das „Jetzt" sind ja alle unter den

---

[15] Meine Erörterungen I S. 21.

[16] Arndts § 368 Note 1. — Habe ich daher mein ganzes Vermögen verpfändet: so haftet der Pfandnexus auf allen einzelnen Gegenständen (Sachen und Rechten), die ich in mein Vermögen erwerbe; es bleibt auch auf Dem haften, was ich später aus meinem Vermögen veräußere. (Letzteres ist sehr bestritten.) Mein Handbuch des Württemb. Privatrechts I S. 602 f., vgl. S. 555.

[17] D. de pignorib. 10, 1 l. 34 pr.

[18] Oder wenn Arndts § 368 Anm. 4 glaubt, hier allein sei eine wahre universitas verpfändet, nicht auch in den anderen unter B und C angeführten Fällen. Auch in diesen ist eine wahre universitas, eine Sachgesammtheit verpfändet; nur ist im Fall von Nr. 3 die Sachgesammtheit prägnanter vorhanden, weil hier der Pfandnexus bloß an Dem haften bleibt, was zur Zeit der Realisirung des Pfandrechts unter der Gesammtheit noch enthalten ist. Meine Erörterungen I S. 21 ff.

[19] D. l. 34 cit.

Pfandnexus fallenden Sachen genau und eigentlich speciell bezeichnet. Hier fallen die Stücke, welche ich später erwerbe, nicht unter den Pfandnexus[20].

6) Ein Faustpfand an einer Sachgesammtheit als solcher ist nicht möglich. Ich kann zwar Jemandem z. B. meine Herde, meine Bibliothek ꝛc. zum Faustpfand geben (in seinen Besitz); allein das Faustpfand kann sich natürlich nur gerade eben auf die Sachen erstrecken, welche dem Gläubiger in den Besitz übertragen sind, nicht auch auf res futurae. Damit diese unter den Faustpfandnexus fallen, wäre stets wieder eine besondere Hingabe derselben in den Besitz des Gläubigers, also immer wieder eine besondere Verpfändung nöthig[21].

7) Wichtig ist bei Sachgesammtheiten noch die Frage: von wann an datirt sich das Pfandrecht an den später erworbenen Sachen: von ihrer Erwerbung an oder von der Verpfändung? Z. B. A. verpfändete sein Vermögen am 1. Februar an B., im März an C., im Mai erbt er ein Haus und im Oktober kauft er Mobiliar. Nach strenger Rechtskonsequenz muß man sagen: auf eine res futura kann ich ein Pfandrecht erst dann wirklich legen, wenn sie in mein Eigenthum kommt; ehe sie in meinem Eigenthum ist, kann sie durch meinen Verpfändungsakt nicht vom Pfandrecht ergriffen werden. Die Pfandrechte also, welche ich eventuell, für den Fall, daß die Sachen in mein Eigenthum kommen würden, an ihr bestelle, werden erst wirksam und können sich erst datiren von dem Moment an, an welchem ich die Sache erwerbe. Deßhalb datirt sich das Pfandrecht des B. am Haus erst vom Mai und an dem Mobiliar erst vom Oktober, und eben so das des C. und D. Alle drei sind so gleich alt, während am Vermögen, welches A. schon am 1. Februar hatte, das Pfandrecht des B. sich vom 1. Februar, das des C. vom März ꝛc. datirt. Allein im Leben läßt

[20] D. de pign. 20, 1 l. 26 § 2. — Im älteren römischen Recht scheint dies auch bei der Verpfändung des Vermögens angenommen worden, d. h. sie im Zweifel bloß auf das gegenwärtige Vermögen bezogen worden zu sein und deßhalb war es gewöhnlich, wenn man auch das später Erworbene mitverpfänden wollte, dies ausdrücklich zu bezeichnen, z. B. zu verpfänden: quae habeo habiturusve sum (D. h. t. 20, 1 l. 15 § 2, l. 34 § 2). Justinian entschied aber mit Recht dahin, daß, wenn Jemand unbestimmt sein Vermögen (also nicht bloß sein gegenwärtiges) verpfändet, dies als Sachgesammtheit behandelt werden, d. h. auch das später Erworbene unter den Pfandnexus fallen soll (Cod. quae res pign. 8, 17 cst. 9).

[21] Meine Erörterungen I S. 30—33.

ſich Dieſes ſchwer durchführen, weil man bei den meiſten Sachen nicht genau den Tag merkt, an welchem man ſie erwarb. Deßhalb nimmt das Gewohnheitsrecht der praktiſchen Einfachheit und Durchführbarkeit wegen entſchieden an, das Pfandrecht ſei bei ſolchen generellen Verpfändungen auch an den rebus postea adquisitis von der Zeit an zu datiren, an der es überhaupt an der Sachgeſammtheit eingeräumt wurde, alſo von der Zeit der Verpfändung an.

Umfang* und Theilbarkeit des Pfandrechts.

§ 225.

(Arndts §§ 368. 369.)

Früher zählte man das Pfandrecht gewöhnlich zu den untheilbaren Rechten; allein dies iſt entſchieden falſch. Das Pfandrecht iſt vielmehr ein durchaus theilbares Recht, ſo wohl nach dem Objekt, als nach der Forderung, die es ſichern ſoll. Es kann nämlich

A. ein Pfandrecht gültig beſtellt werden bloß für einen Theil einer Schuld (z. B. für 1/3); wird dieſer bezahlt, ſo erliſcht dann das Pfandrecht[1].

B. Eine Sache kann gültig auch bloß zu Theilen verpfändet werden; nicht bloß ſo, daß nur ein reeller, abgeſonderter Theil verpfändet wird (z. B. die untere Hälfte einer Wieſe), ſondern auch ſo, daß ein ideeller Theil derſelben, eine Quote verpfändet wird (z. B. 1/3 meines Hauſes)[2]. Hieraus folgt:

a. Es kann Mehreren dieſelbe Sache nach Quoten verpfändet werden, z. B. dem einen Gläubiger 1/3, dem andern 2/3 eines Hauſes. Das Pfand iſt in dieſem Falle unter ſie nach Quoten getheilt[3].

b. Verpfändet Jemand eine Sache zu derſelben Zeit an mehrere Gläubiger: ſo gilt im Zweifel Jedem die Sache nach der Größe ſeiner Forderung pro rata verpfändet[4].

---

* Über den Umfang des Pfandrechts ſ. Arndts § 368 und oben § 224 Nr. IV.

1 D. in quib. caus. pign. tac. 20, 2 l. 5 § 1; de pign. act. 13, 7 l. 11 § 3.

2 Arndts § 367 Note d. Res pro parte obligata. — In einem ſolchen Falle kann dann der Pfandgläubiger ſeiner Zeit 1/3 des Hauſes verkaufen und der Käufer wird dann zu 1/3 Miteigenthümer des Hauſes.

3 D. de pignor. 20, 1 l. 10 a. E.

4 D. h. t. l. 16 § 8.

Zwar sagen die Quellen: pignoris causa indivisa est[5]. Dies heißt aber nicht: untheilbar, sondern: ungetheilt, d. h. sie wollen damit nur den ganz natürlichen Grundsatz aussprechen, der mit der Theilbarkeit Nichts zu schaffen hat, daß wenn einmal für eine Schuld ein Pfandrecht erworben ist, sei es an einem Gegenstand oder an mehreren, dem Gläubiger die Pfänder für jeden Theil der Schuld haften und daher verhaftet bleiben, bis die Schuld ganz getilgt oder das Pfandrecht realisirt ist; daß also, auch wenn ein Theil der Schuld getilgt ist, doch noch alle Pfänder ganz für den Rest der Schuld verhaftet bleiben und daß, wenn der Pfandgläubiger mehrere Erben hinterläßt, jedem Erben für den Theil, den er an der Forderung erbt[6], ebenfalls alle Pfänder verhaftet bleiben[7].

Entstehung des Pfandrechts.

§ 226.

(Arndts §§ 370—373.)

Nach dem gemeinen Recht kann ein Pfandrecht auf folgenden Wegen begründet werden.

I. Mit Willen des Verpfänders, sog. pignus voluntarium, nämlich

1) durch Vertrag (sog. pignus conventionale), vertragsmäßiges Pfandrecht, und zwar durch ein bloßes pactum mit dem Gläubiger ohne alle Form (pactum hypothecae), oder wenn ein Faustpfand bestellt werden soll, durch Übergabe des Gegenstandes an den Gläubiger (contractus pigneratitius)[1]. Durch diese Verträge entsteht, so fern der Verpfänder gültig über den Gegenstand disponiren kann, sofort das Pfandrecht[2].

2) Durch letzten Willen; wenn nämlich ein Erblasser in seinem letzten Willen an seinem Vermögen oder an einzelnen Ver-

---

[5] D. de evict. 21, 2 l. 65. [6] S. oben § 176.

[7] S. die Stellen bei Arndts § 369 Note a u. b und meine Ausführung im Archiv für civil. Praxis. Bd. XXVII S. 188 f. und jetzt auch Dernburg Pfandrecht II S. 28 f.

[1] S. oben § 223.

[2] Arndts § 371 Note c—p. — I de act. 4, 6 § 7; D. de pign. 20, 1 l. 4. — Über ein bedingt eingeräumtes Pfandrecht vgl. oben § 78 Beil. I Nr. 2 (Th. I S. 389) und unten § 229.

mögensstücken einem Gläubiger ein Pfandrecht vermacht (sog. pignus testamentarium[3]).

II. Ohne Mitwirkung des Willens des Verpfänders:

1) durch richterliche Verfügung[4].

2) durch Gesetz. Es giebt nach gemeinem Recht Forderungen, zu deren Sicherheit die Gesetze dem Gläubiger ohne Weiteres ein Pfandrecht geben, und zwar bald ein Generalpfand am ganzen Vermögen des Schuldners[5], bald nur ein Pfandrecht an gewissen Sachen, die dem Schuldner gehören[6].

In diesen Fällen entsteht das Pfandrecht lediglich durch die gesetzliche Bestimmung, sobald das Rechtsverhältnis entstanden, mit welchem nach dem Gesetz ein Pfandrecht verbunden sein soll, wenn auch die Partieen gar nicht an eine Verpfändung dachten. Wir nennen daher solche Pfandrechte pignora legalia (gesetzliche), auch tacita (stillschweigende); die Römer nennen sie pignora quae tacite contrahuntur oder hypothecae tacitae[7].

Hypothekarische Succession.

§ 227.

(Arndts § 374.)

Man kann in ein schon bestehendes Pfandrecht durch Succession eintreten. Dies ist stets der Fall, wenn man die Forderung, für die das Pfand bestellt ist, erwirbt, sei es durch Beerbung des Gläubigers oder durch Cession der Forderung[1]. Denn das Pfandrecht ist eine bloße Accession der Forderung, für die es bestellt wurde[2], und muß daher mit der Forderung auf Den übergehen, der sie erwirbt.

In Betreff der übrigen Fälle[3] ist noch Folgendes zu bemerken:

1) Wer das Eigenthum einer verpfändeten Sache erwirbt, kann gewissermaßen in das Pfandrecht an der Sache eintreten in folgender Weise:

a. Wenn Jemand seine Sache verkauft, die einem Dritten

---

[3] S. Arndts § 371 Note a und § 575 Nr. 3.
[4] Über die hierher gehörigen Fälle s. Arndts § 372.
[5] Arndts § 373 Anm. 2. [6] Arndts l. c. Anm. 3.
[7] Diese Bezeichnung erklärt sich durch das bei Arndts § 373 bei Note a Bemerkte.
[1] Arndts l. c. Note a. [2] Vgl. oben § 223 Nr. 3.
[3] Diese selbst s. bei Arndts l. c. Nr. 1—5.

verpfändet ist, so ist es gewöhnlich, daß der Käufer dem Verkäufer zur Bedingung macht, er soll mit dem Kaufpreis den Pfandgläubiger sofort bezahlen, damit die Sache vom Pfandrecht frei wird. Geschieht dies dann wirklich, so erlischt das Pfandrecht durch Tilgung der Forderung des Pfandgläubigers und der Käufer hat nun die Sache im Eigenthum frei vom Pfandnexus. Wenn aber die Sache an verschiedene Gläubiger verpfändet war, und mit dem Kaufpreis bloß ein Pfandgläubiger abgefunden wird, so bleiben die anderen Pfandrechte auf der Sache haften[4]. In einem solchen Fall aber tritt der Käufer mit dem Betrag des Kaufpreises, mit dem der neue Pfandgläubiger abgefunden wurde, in dessen Pfandrecht ein[5]. Dies ist eine Modifikation der accessorischen Natur des Pfandrechts und des Grundsatzes[6], daß Niemand an seiner eigenen Sache ein ius in re haben kann. Denn hier wird nun der Käufer so behandelt, als ob er ein Pfandrecht an seiner eigenen Sache habe, und zwar ohne daß er eine Forderung gegen einen Schuldner hat. Allein das Pfandrecht ist hier bloß eine Fiktion, die ihren guten praktischen Grund hat. Es soll nämlich dadurch der Käufer der Sache gesichert werden gegen die anderen Pfandgläubiger, die ihm vermöge ihres Pfandrechts die Sache entziehen könnten; z. B. A. ist Eigenthümer eines Hauses; er verpfändet es für eine Schuld von 30,000 M. im Januar an B., dann für eine Schuld von 6000 M. an C. im März, und für eine Schuld von 3000 M. im Juli an D.; im September kaufe ich ihm das Haus für 30,000 M. mit der Auflage ab, daß er den besten Pfandgläubiger, den B. mit dem Geld abfinde. Hier werde ich nun so behandelt, als ob ich an dem Hause, das nun mir gehört, eine Pfandforderung für 30,000 M. habe, d. h. ich habe nun gegen C. und D., die schlechteren Pfandgläubiger, die Rechte des besseren Pfandgläubigers[7]. Ich könnte daher namentlich, wenn das Haus zum Verkauf kommen würde, primo loco aus dem Erlöse die 30,000 M. verlangen, die ich zu Abfindung des besten Pfandgläubigers bezahlt hatte[8].

b. Das Gleiche gilt, wenn ein Pfandgläubiger das Eigenthum der ihm verpfändeten Sache erwirbt, z. B. dadurch, daß er den

[4] Das Pfandrecht besteht fort, wenn auch das Eigenthum wechselt. Vgl. oben § 223 Nr. 1.
[5] Arndts l. c. Note h. [6] Oben § 148 Nr. VII.
[7] Nämlich die unten § 228 Nr. II auszuführenden Rechte.
[8] Arndts l. c. Note h.

Eigenthümer beerbt oder von diesem die Sache kauft. Hier müßte eigentlich sein Pfandrecht erlöschen durch confusio[9]. Allein er kann, so weit es ihm von Interesse ist, sein erloschenes Pfandrecht für die Summe, für die es ihm bestellt war, immer noch geltend machen, z. B. gegen schlechtere Pfandgläubiger, denen die Sache auch verpfändet ist[10].

2) Besitzt Jemand eine Sache, an welcher ein Anderer ein Pfandrecht hat (z. B. er hat sie vom Verpfänder gekauft oder geschenkt erhalten), und dieser Pfandgläubiger will sie ihm mit der hypothecaria actio abfordern, so kann der Besitzer die Klage dadurch von sich abwenden, daß er dem Pfandgläubiger die Pfandforderung bezahlt. Dadurch tritt er dann in der gleichen Weise wie unter Nr. 1 a. in die Stelle des abgefundenen Pfandgläubigers; auch kann er von ihm, bevor er ihn bezahlt, verlangen, daß er ihm die Forderung selbst, für die dem Kläger die Sache verpfändet war, abtrete[11].

3) Über den Eintritt in ein fremdes Pfandrecht durch das ius offerendi[12] siehe unten § 228.

Rechtsverhältnis beim Pfandrecht.

§ 228.

(Arndts §§ 375—382.)

Dieses geht im Wesentlichen dahin:

I. Die verpfändeten Gegenstände haften dem Pfandgläubiger für seine Forderung in der Art, daß er sie, wenn (seine Forderung fällig und) er nicht bezahlt wird, zum Verkauf bringen kann, um sich aus dem Erlös bezahlt zu machen (ius distrahendi), und zwar nach folgenden Grundsätzen:

1) Privatverkauf. Der Gläubiger kann in der Regel[1] das Pfand auf eigene Hand (also privatim) verkaufen, und zwar sind

a. die Voraussetzungen dazu folgende: seine Forderung muß fällig sein und dann muß er dem Schuldner anzeigen, daß er zum Verkauf schreiten werde; von da aber muß er nach einer ganz ungeeig-

---

[9] S. oben § 96 (Th. I S. 488).
[10] Arndts § 389 Note d und Anm. 2.
[11] Arndts § 378 Note k. 1.
[12] Arndts § 374 Nr. 4.
[1] S. indeß unten Nr. 2.

neten Bestimmung Justinians, noch volle zwei Jahre auf Bezahlung warten[2] und dann erst kann er verkaufen. Fehlt er dagegen, so ist der Verkauf nichtig[3]. Bei dem Verkauf muß er das Interesse des Verpfänders möglichst wahren, also so theuer, wie es ihm nach den vorliegenden Verhältnissen möglich ist, verkaufen[4]. Diese Bestimmungen sind aber bloß ergänzender Natur, d. h. die Partieen können durch Vertrag Anderes festsetzen, z. B. daß der Gläubiger das Pfand sofort verkaufen dürfe, sobald die Schuld verfallen ist u. dergl.[5]. Nur zwei Beschränkungen treten hier ein, nämlich:

α. ungültig ist das pactum commissorium beim Pfandrechte, d. h. die Verabredung, daß, wenn der Schuldner in Verzug komme, für seine Schuld das Pfand dem Gläubiger verfallen sein solle[6].

β. Die Verabredung, der Gläubiger solle gar nicht veräußern dürfen, hindert ihn an der Veräußerung nicht, weil sie der Natur des Pfandrechts widerspricht; sie hat nur die Wirkung, daß der Gläubiger vor dem Verkauf den Schuldner drei Mal mahnen muß[7].

b. Wirkungen des Privatverkaufs. Wenn der Gläubiger sein Pfandrecht realisirt, d. h. ordnungsmäßig (zum Zweck seiner Befriedigung) die verpfändete Sache verkauft, so erlischt sein Pfandrecht, sobald der Käufer den Kaufpreis baar bezahlte oder der Gläubiger ihn (den Käufer) durch eine Novation als Schuldner annimmt[8]. Reicht dann der Erlös zur Tilgung der Pfandschuld, so wird der Schuldner frei[9]. Reicht er nicht, so bleibt der Schuldner natürlich noch den Rest schuldig; nur haftet für diesen Rest das verkaufte Pfand nicht mehr[10]. Übersteigt der Erlös die Pfandforderung, so muß der Gläubiger dieses superfluum (die hyperocha) dem Verpfänder, oder falls die Sache an einen andern Eigenthümer gekommen war, diesem herausgeben[11].

---

2 Anders bei richterlicher Auspfändung, s. unten.

3 Arndts § 375 Note b—f. s.

4 Fehlt er dagegen, so muß er den Verpfänder entschädigen, der Verkauf aber ist gültig. Arndts l. c. Note n. s.

5 Arndts § 375 Note v. 6 S. Arndts § 376 Note e und Anm. 2.

7 Arndts § 375 Note t. Vgl. oben § 132 Nr. IV.

8 Arndts § 375 Note q. — D. de distr. pign. 20, 5 l. 19 pr.; de solut. 46. 3 l. 26.

9 D. l. 26 cit.

10 De de distr. pign. 20, 5 l. 9 § 1; Cod. e. t. 8, 28 cst. 3.

11 Cod. l. c. cst. 20; D. de pign. act. 13, 7 l. 24 § 2. Vgl. auch unten Nr. II.

2) Gerichtlicher Verkauf. Durch den Richter muß der Verkauf geſchehen, und zwar in öffentlicher Verſteigerung [12]

a. nach römiſchem Recht bloß bei der richterlichen Auspfändung (pignoris capio) [13]. Hier kann der Richter ſchon nach zwei Monaten von der Auspfändung an verkaufen und den Gläubiger bezahlen [14].

b. Nach deutſchem Recht muß der Verkauf auch dann durch den Richter geſchehen, wenn im Konkurs des Schuldners die Pfänder verkauft werden ſollen.

c. Nach den meiſten deutſchen Landesrechten iſt gerichtlicher Verkauf ſtets nöthig, wenn das Pfand ein Grundſtück iſt.

Dabei nimmt man bei uns an, daß ein richterlicher Verkauf (im Fall von c.) vor Ablauf der unter Nr. 1 angeführten 2 Jahre zuläſſig iſt.

Wird nun durch das Gericht verkauft, ſo treten dieſelben Wirkungen ein, wie beim Privatverkauf; das Pfand wird vom Pfandnexus frei, wenn der Käufer an den Richter oder an die von demſelben bezeichnete Perſon den Kaufpreis vollſtändig bezahlt hat; zahlt er aber nicht, ſo kann das Gericht das Pfand wieder zurücknehmen und einen neuen Verkauf zu Gunſten des Gläubigers anſtellen [15].

3) Dominii impetratio [16].

4) Sind für die Forderung mehrere Sachen verpfändet, ſo hat der Gläubiger die Wahl, welche zunächſt verkauft werden ſoll; ausgenommen, wenn bei der Verpfändung etwas Anderes verabredet wurde. Eine ſolche Verabredung liegt auch ſtillſchweigend darin, wenn der Verpfänder einen Inbegriff von Dingen generell verpfändet und dabei einige davon noch beſonders heraushebt, z. B. ſagt: ich verpfände dir mein ganzes Vermögen, insbeſondere meinen Garten. Im Sinn einer ſolchen Verpfändung nämlich liegt, daß der Gläubiger zunächſt ſich an die letzte Sache halte; wenn er daher zuerſt die andere angreifen will, ſo hat nicht nur der Verpfänder, ſondern Jeder, der ſie gerade beſitzt und auch ein nachfolgender Pfandgläubiger, das ſog. beneficium excussionis realis, d. h. kann vom Verpfänder ver-

---

[12] Vgl. oben § 204 Beil. III. [13] Arndts § 372. Nr. 2.
[14] Arndts § 375 Note u. [15] D. de re iudicata 42, 1 l. 15 § 7.
[16] Darüber ſ. Arndts § 376. Meine Schrift: Das ſchwebende Eigenthum (1871) S. 24—34.

langen, daß er vorerst sich an die besonders herausgehobene Sache (Specialpfand) halten und erst wenn der Erlös aus ihr zur Tilgung der Pfandforderung nicht reicht, die übrigen Sachen angreifen soll[17]. Auch kann, wenn nicht der Schuldner, sondern ein Dritter die verpfändete Sache besitzt und vom Gläubiger mit der Pfandklage belangt wird, der Dritte verlangen, der Gläubiger solle zuerst den Schuldner und dessen Bürgen wegen der Forderung ausklagen, und erst wenn er von Diesen nicht ganz befriedigt werde, das Pfand in Anspruch nehmen (sog. beneficium excussionis personalis)[18].

II. Derselbe Gegenstand kann gar wohl an verschiedene Personen wegen verschiedener Forderungen je ganz verpfändet werden. Ist dies der Fall, so wird die Frage über die Rangordnung oder Priorität der verschiedenen Pfandgläubiger sehr wichtig, d. h. welcher Gläubiger den Vorrang vor den Anderen in der Befriedigung aus dem Erlös des Pfandes hat[19].

Im Übrigen gilt über das Rechtsverhältnis solcher mehreren Pfandgläubiger, denen derselbe Gegenstand ganz verpfändet ist, Folgendes:

1) Derjenige Pfandgläubiger, welcher[20] der Beste ist (creditor prior), hat das Recht, über den Verkauf der Sache zu verfügen. Wenn dann er oder in seinem Namen der Richter das Pfand verkauft, und der Kaufpreis bezahlt ist, so erlischt nicht bloß sein Pfandrecht, sondern es erlöschen auch alle schlechteren Pfandrechte, die an der Sache haften, so daß die Sache von jedem Pfandnexus frei wird, weil ja sonst Niemand sie kaufen würde[21]. So weit aber der Kaufpreis die Pfandforderung des Besten übersteigt, muß er den Überschuß an die Schlechteren herausgeben[22].

2) Der schlechtere Pfandgläubiger (creditor posterior, Nachhypothekar) hat zwar an sich ein gültiges Pfandrecht; nur steht er durchaus den besseren nach. Er kann zwar das Pfand vom Verpfänder und vom dritten Besitzer mit der hypothecaria actio herausfordern[23],

---

[17] Arndts § 378 Note n. o; § 388 Note t.
[18] Arndts l. c. Note m.
[19] Darüber s. unten § 229.
[20] Nach (unten) § 229.
[21] Cod. si antiquior 8, 20 cst. 1; qui potiores 8, 18 cst. 6; de obl. et act. 4, 10 cst. 6. 7.
[22] D. qui potiores 20, 4 l. 12 § 5 a. E. und l. 20.
[23] D. l. c. l. 12 pr. § 7.

und Dieſe können ihn auch nicht am Verkaufe des Pfandes hindern[24]. Nur iſt es nicht rathſam, von ihm zu kaufen, weil durch ſeinen Verkauf die beſſeren Pfandrechte nicht alterirt werden und daher der beſſere Pfandgläubiger dem Käufer die Sache wieder abfordern kann[25]. Der beſſere Pfandgläubiger aber kann von dem ſchlechtern zum Verkauf nicht gezwungen werden[26]. Von ſelbſt verſteht ſich aber, daß, wenn der Schuldner inſolvent wird, alſo Konkurs macht, und nun ſein Vermögen zur Befriedigung der Gläubiger verkauft werden ſoll, dann auch ſämmtliche Pfänder verkauft werden müſſen, wo dann aber zuerſt die beſten Pfandgläubiger[27] befriedigt werden und nur der Reſt an die übrigen nach Ordnung ihrer Pfandrechte kommt[28].

3) Der ſchlechtere Pfandgläubiger kann ſich aber gegen den beſſern bis auf einen gewiſſen Grad durch das ius offerendi helfen. Wenn nämlich verſchiedene Perſonen an demſelben Gegenſtand Pfandrechte haben, ſo kann jeder Pfandgläubiger den andern auskaufen, dadurch, daß er ihm deſſen Pfandforderung bezahlt und dann tritt er in deſſen (Forderung und) Stelle ein[29]. Dabei iſt aber wohl zu beachten, daß der Auskaufende mit ſeiner eigenen urſprünglichen Forderung ſeine Stelle nicht ändert; z. B. das Landgut des N. iſt verpfändet, primo loco an A. für 8000 M., secundo loco an B. für 10,000 M., tertio loco an C. für 3000 M. (ſo daß A. der Beſte iſt, dann B., dann C. kommt); will hier C. den A. auskaufen, ſo muß er ihm 8000 M. zahlen, und, kommt es dann zum Verkauf des Landguts, um die Pfandgläubiger zu befriedigen, und werden aus ihm 19,000 M. gelöſt, ſo bekommt davon C. primo loco (den Betrag der ausgekauften Forderung des A., alſo) 8000 M., dann B. 10,000 M., dann C. (für ſeine urſprüngliche Forderung) den Reſt, d. h. 1000 M., und mit 2000 M. fällt er durch, d. h. für dieſe hat er kein Pfandrecht mehr, ſondern nur eine perſönliche Forderung an den Schuldner. Die Vortheile des Auskaufens beſtehen daher bloß darin, daß man, wenn man den Beſten auskauft, und nun mit der Summe, die man ihm

---

[24] Danach iſt Arndts § 388 bei Note e zu berichtigen. Vgl. Windſcheid Pand. § 241 Note 5.

[25] Arndts § 388 Note f. [26] Cod. si antiquior 8, 20 cst. 3.

[27] Über die Ordnung ſ. unten § 229.

[28] Vgl. auch D. de re iud. 42, 1 l. 15 § 5.

[29] Nun kann er über den Verkauf der Sache maßgebend verfügen. D. de distr. pign. 20, 5 l. 5 pr.; Cod. qui pot. 8, 18 cst. 8. Arndts § 388 Note l—r. und Anm. 3 § 374 Nr. 4.

bezahlte, an seine Stelle tritt, mit dieser der Beste wird, somit namentlich über die Zeit des Verkaufs entscheiden und unzeitigem Anbringen schlechterer Pfandgläubiger vorbeugen kann, was aber freilich auch wegfällt, wenn der Schuldner Konkurs macht[30].

III. Der Pfandgläubiger macht sein Recht am Pfand geltend durch eine dingliche Klage, welche in den Quellen verschieden benannt wird: hypothecaria actio, pignoris vindicatio, Serviana (und quasi Serviana) actio, auch pigneratitia in rem actio[31]. Sie geht gegen jeden Besitzer des Pfands auf Anerkennung des Pfandrechts und in Folge dessen auf Herausgabe des Pfands, damit der Kläger sein Recht auf Verkauf realisiren kann; oder wenn durch den Richter die Sache zum Verkauf zu bringen ist, auf Veranstaltung des richterlichen Verkaufs zum Zweck der Befriedigung[32].

IV. Der Eigenthümer einer verpfändeten Sache kann, so lange der Gläubiger sein Veräußerungsrecht nicht ausübt, sein Eigenthum vollständig ausüben, aber salvo iure pignoris. Er kann daher auch die Sache veräußern[33], denn der Pfandgläubiger leidet dadurch nicht, weil res transit cum onere suo, d. h. weil das Pfandrecht auf der Sache als dingliche Last haften bleibt und daher auch gegen jeden späteren Erwerber geltend gemacht werden kann[34]. Davon giebt es nur folgende Modifikationen?

a. Wird eine bewegliche Sache speciell verpfändet, so wird angenommen, daß dadurch der Verpfänder versprochen habe, sie nicht zu veräußern, weil sie sonst leicht verschleudert werden könnte. Zwar ist in einem solchen Falle, wenn der Verpfänder sie doch veräußert, die Veräußerung an sich gültig[35] und das Eigenthum geht auf den Erwerber über; aber der Verpfänder begeht durch diese Veräußerung nach römischem Recht ein furtum und der Gläubiger kann sofort die Sache vom Besitzer mit der hypothecaria actio fordern[36].

[30] Bei mehreren verpfändeten Sachen kann das Auskaufen zu Rettung einer Nachhypothek dienen, wenn der prior die nachhypothecirte Sache angreift.

[31] Arndts § 378. Vgl. oben § 223.

[32] Die Grundsätze über die Klage s. bei Arndts § 378 und über das interdictum Salvianum s. daselbst § 379. — Über die in § 378 Nr. 1 u. 2 angeführten Exceptionen s. oben Nr. I 4 und oben § 227 Nr. 2. — Auch kann der Pfandgläubiger, wenn er sonst in seinen Rechten verletzt wird, sich durch die bei Arndts § 380 angeführten Rechtsmittel schützen.

[33] Vgl. oben § 132 Nr. IV. [34] Arndts § 392 Note b. c.

[35] Das pactum ne alienetur hat bloß obligatorische Wirkung.

[36] D. de furt. 47, 2 l. 66 pr., l. 19 § 6; Cod. de usuc. p. emt. 7, 26 cst. 6 Bangerow Pand. § 384 (7. Ausg. S. 870).

b. Zwei Fälle giebt es nach gemeinem Recht, in denen dadurch, daß der Eigenthümer die verpfändete Sache veräußert, das Pfandrecht erlischt[37].

Der Verpfänder hat auch das Recht, den verpfändeten Gegenstand weiter an Andere zu verpfänden; er kann selbst an einem Faustpfand, das er dem Gläubiger übergeben hat, einem Dritten durch pactum eine Hypothek einräumen; auch kann er physische Dispositionen über die Sache treffen, z. B. einen verpfändeten Acker in eine Wiese verwandeln[38]. Nur darf er die Sache nicht verschlechtern; sonst kann der Pfandgläubiger Inhibition und Ersatz seines Interesses, namentlich Ergänzung seiner Sicherheit verlangen[39].

V. Beim Faustpfand gelten dieselben (unter Nr. I ff. ausgeführten) Grundsätze; und kommt bei ihm noch Folgendes hinzu:

1) Der Faustpfandgläubiger hat an der Sache einen sog. abgeleiteten Besitz, in welchem er sich durch die possessorischen Interdikte[40] schützen kann[41]. Gebrauchen aber[42] darf er das Pfand nicht, außer der Verpfänder hätte es ihm gestattet. In dieser Hinsicht kann der Verpfänder namentlich ihm den Gebrauch oder den Fruchtgenuß der verpfändeten Sache statt der Zinsen aus der schuldigen Forderung (für welche die Sache verpfändet ist) überlassen (antichresis)[43] und im Zweifel ist anzunehmen, daß, wenn dem Gläubiger ein fruchttragendes Grundstück zum Faustpfand gegeben wird, darin ein stillschweigender Zinsvertrag liegt (wenn nicht ausdrücklich Zinsen versprochen sind), d. h. die Absicht, daß der Gläubiger nach Abzug der Bebauungskosten so viel von den Früchten für sich behalten könne, als die landesüblichen Zinsen des Kapitals betragen (antichresis tacita)[44].

2) Außerdem hat der Faustpfandgläubiger noch ein Retentionsrecht ob chirographariam pecuniam, d. h. wenn er verschiedene

---

[37] Nämlich in dem bei Arndts § 523 Note d und in dem oben § 224 Nr. IV über verpfändete Waarenlager u. dgl. Gesammtheiten bemerkten Fall.

[38] D. de pignorib. 20, 1 l. 16 § 2.

[39] D. l. c. l. 27; de pign. act. 13, 7 l. 9 pr. Vgl. auch Arndts § 364 Anm. 2 a. E.

[40] S. oben § 128.

[41] Arndts § 380 Note b. Vgl. oben § 122 Nr. V Lit. B.

[42] Z. B. das Haus zum Bewohnen, den Acker zum Fruchtgenuß.

[43] Arndts § 381 a. E.

[44] Dies ist ohne Zweifel der Sinn der bei Arndts § 381 Note c angeführten Stelle, die Arndts nicht ganz richtig giebt.

Forderungen gegen den Schuldner hat, der ihm das Faustpfand bestellte, das Faustpfand aber bloß für eine oder einige dieser Forderungen bestellt wurde, und diese bezahlt werden: so erlischt nun das Pfandrecht; aber er kann dennoch wegen der anderen Forderungen, für die ihm das Faustpfand nicht gegeben war (chirographaria pecunia), bis sie ihm bezahlt werden, ein Retentionsrecht gegen den Schuldner und dessen Erben ausüben; jedoch nicht gegen solche, welche Pfandrechte an dem Faustpfand haben[45].

3) Der Faustpfandgläubiger hat natürlich die Verbindlichkeit, die Sache sorgfältig zu bewahren und in dieser Hinsicht für omnis culpa zu haften und wenn die Forderung bezahlt wird, das Pfand zurückzugeben; außer er hätte noch andere Forderungen gegen den Verpfänder, wegen deren er (nach Nr. 2) das Retentionsrecht ausüben kann. Auf die Erfüllung dieser Verpflichtung kann er vom Verpfänder mit einer persönlichen Klage aus dem Faustpfandvertrag belangt werden, mit der actio pigneratitia in personam directa. Dagegen kann der Faustpfandgläubiger vom Verpfänder den nothwendigen Aufwand, den er zu Erhaltung der Sache auf sie machte, ersetzt verlangen und hat zu diesem Zwecke eine actio pigneratitia contraria gegen ihn[46].

Rangordnung kollidirender Pfandgläubiger und ihr Verhältnis zu anderen Gläubigern, die kein Pfandrecht haben.

§ 229.

(Arndts §§ 383—388.)

Nach dem Ausgeführten können verschiedene Personen an einem und demselben Gegenstande gültige Pfandrechte haben. Wenn diese nun Befriedigung aus den Pfändern verlangen (Konkurrenz der Pfandgläubiger), aber die Pfänder nicht zur Befriedigung aller Gläubiger reichen, so entsteht eine Kollision derselben und die Frage über die

[45] S. die Stelle bei Arndts § 377 Anm. Viele Neuere wollen dieses Retentionsrecht auch einem bloßen Hypothekargläubiger geben, wenn die Hypothek später in seine Hände komme; allein die angeführte cst. un. Cod. (8, 27) spricht mit Recht bloß vom Faustpfand (»si in possessione fueris constitutus«); und so nahm es stets auch (mit den alten Civilisten) die Praxis an.

[46] S. Arndts § 288.

Priorität, d. h. welcher dem anderen in der Befriedigung aus dem Erlöse vorgeht. Auch können noch Gläubiger, die gar keine Pfandrechte haben, theils mit einander, theils mit Pfandgläubigern kollidiren. In all diesen Fällen gelten folgende Grundsätze:

I. Wenn mehrere bloß persönliche Gläubiger, d. h. welche für ihre Forderung kein Pfandrecht haben (creditores chirographarii [1]),

1) allein konkurriren und der Schuldner nicht alle befriedigen kann, so entscheidet nicht das Alter der Forderung, sondern sie stehen einander rechtlich ganz gleich, d. h. es werden eben alle Forderungen, so weit das Vermögen reicht, pro rata (also nach Procenten) befriedigt [2].

Von dieser Regel macht aber eine bedeutende Ausnahme das privilegium exigendi. Die Gesetze begünstigen nämlich gewisse Forderungen dahin, daß sie ihnen bei Kollision mit anderen Forderungen ein Vorzugsrecht geben, d. h. das Recht, bei der Exekution vor den anderen aus dem Vermögen des Schuldners befriedigt zu werden [3].

2) Konkurriren chirographarii (bloß persönliche Gläubiger mit Pfandgläubigern, so entscheidet der Grundsatz, daß das dingliche Recht stärker ist, als das bloß persönliche [4], d. h. aus den Gegenständen, an denen die Pfandgläubiger Pfandrechte haben, befriedigen sich diese zuerst; die chirographarii bekommen vom Erlös dieser Pfänder nur, was nach Befriedigung der Pfandgläubiger übrig bleibt [5]. Dies gilt auch dann, wenn die chirographarii ein privilegium exigendi haben; auch diese stehen den Pfandgläubigern nach. Nur einige Forderungen giebt es, die nach deutschem Gewohnheitsrecht so sehr privilegirt sind, daß sie nicht bloß allen persönlichen Gläubigern, sondern sogar allen Pfandgläubigern (in der Befriedigung) vorgehen. Man nennt deßhalb das privilegium exigendi derselben ein absolutes [6].

II. Von einer Kollision zwischen Pfandgläubigern kann natürlich nur die Rede sein, wenn derselbe Gegenstand, sei es eine

---

[1] Vgl. oben § 176. [2] Arndts § 227 Note b. c.
[3] Arndts § 227 Note d—f. und Anm. 2—4. Vgl. oben § 38 Nr. VII (Th. I S. 189).
[4] S. oben § 36 Nr. III und § 96 Nr. II (Th. I S. 179 f., 490 f.).
[5] S. oben § 96 Beil. II Nr. 1 a. E. (Th. I S. 498 f.).
[6] So sind chirographarii absolute privilegati. Arndts § 227 Anm. 5.

einzelne Sache oder ein anderes Recht, z. B. eine Forderung oder dasselbe ganze Vermögen des Schuldners Mehreren verpfändet ist; nicht aber, wenn sie an ganz verschiedenen Gegenständen Pfandrechte haben. Wenn z. B. A. sein Haus dem B., seinen Garten dem C. verpfändet und auch noch andere Schulden an Dritte hat und er macht Konkurs: so kollidiren hier gar keine Pfandgläubiger mit einander, B. wird auf den Erlös aus dem Hause, C. auf den Erlös aus dem Garten verwiesen; reicht dieser Erlös nicht zu ihrer Befriedigung, so kommen sie eben mit dem Rest ihrer Forderung in die Klasse der chirographarii, weil sie für diesen Rest kein Pfandrecht mehr haben. Würde aber aus dem Erlös des Hauses nach Befriedigung des B. noch Etwas übrig bleiben, so kommt dieser Überschuß nicht an den Pfandgläubiger C., weil ihm ja das Haus gar nicht verpfändet ist, sondern an die persönlichen Gläubiger der 4. und 5. Klasse, unter denen dann auch C. seinen Rest fordern kann.

III. Die sog. Vindikanten oder Separatisten gehen allen Gläubigern, auch den privilegirtesten und selbst den Pfandgläubigern des Schuldners vor. Wenn nämlich in den Händen des Schuldners Sachen sind, die ihm gar nicht gehören, die er also nicht gültig verpfänden konnte, so kann natürlich Derjenige, dem diese Sachen gehören, sie fordern, ohne sich irgend in eine Konkurrenz mit den Gläubigern des Schuldners, seien es auch Pfandgläubiger, einlassen zu müssen; z. B. wenn der Schuldner meine Sache besitzt und in Konkurs kommt, so kann ich sie geradezu mit der rei vindicatio (resp. Publiciana actio) fordern (ohne mich in den Konkurs einlassen zu müssen). Eben so kann ich, wenn der Schuldner meine Sache von mir durch ein Geschäft in seine Hände bekam, das ihn gar nicht zum Eigenthümer machen konnte (oder sollte), sie geradezu mit der persönlichen Klage aus dem Geschäft herausfordern, z. B. wenn ich dem N. meine Uhr lieh oder bei ihm deponirte und er sein Vermögen an mehrere Personen verpfändet hat und Konkurs macht, so kann ich meine Uhr mit der actio commodati, resp. depositi fordern und gehe allen seinen Pfandgläubigern vor (und brauche mich gar nicht in den Konkurs einzulassen), weil der Schuldner an meiner Sache kein Pfandrecht einräumen konnte, überhaupt seine Gläubiger sich nicht an Sachen halten können, die ihm gar nicht gehören[7].

[7] Hieraus erhellt die große Wichtigkeit des dinglichen Rechts.

IV. Bei einer Kollision mehrerer Pfandgläubiger, denen derselbe Gegenstand, sei es eine einzelne Sache oder das ganze Vermögen des Schuldners verpfändet ist (und die aus demselben Befriedigung verlangen), ist es ohne alle Bedeutung, wie ihr Pfandrecht entstand, ob es ein gesetzliches, vertragsmäßiges oder richterliches ist; ferner ob es Faustpfand oder Hypothek ist. Vielmehr entscheiden darüber lediglich folgende Momente:

1) Nach der Natur der Sache und dem Princip der Gerechtigkeit sollte lediglich das Alter eines Pfandrechts die Rangordnung bestimmen. Denn das zuerst gehörig erworbene dingliche Recht an der Sache kann doch nicht durch spätere Akte, durch spätere Verpfändungen beeinträchtigt werden und so muß nach allgemeinen Grundsätzen das ältere Pfandrecht stets dem jüngeren vorgehen[8]. Diesen Grundsatz des Vorzugs des Alters der Pfandrechte (das temporis privilegium) erkennt auch das römische Recht als maßgebend und entscheidend an[9].

2) Der Grundsatz des Vorzugs des Alters aber ist im gemeinen Recht durch fatale principlose Ausnahmen durchlöchert, durch die privilegirten Pfandrechte. Nur eine von diesen Ausnahmen (s. unten Lit. a) galt schon zur Zeit des klassischen römischen Rechts (also der in den Pandekten excerpirten Juristen); sie wurde von den römischen Juristen aus der Natur der Sache hergeleitet, was freilich hinkte. Aber die späteren Imperatoren, namentlich Justinian, fügten noch einige andere höchst willkürliche bei.

Es sind nämlich gewisse Pfandrechte in der Art bevorzugt, daß sie Pfandrechten, welche anderen Personen an demselben Gegenstand zustehen, selbst wenn diese älter sind, vorgehen. Diese begünstigten Pfandrechte nennen wir pignora privilegiata oder qualificata. Die Pfandgläubiger, welchen solche privilegirte Pfandrechte zukommen, nennen wir creditores pigneratitii privilegiati; im Gegensatz davon nennt man die Pfandrechte, die nicht eines solchen Vorrechts genießen, pignora non privilegiata oder simplicia

---

[8] Vgl. oben § 96 Nr. II (Th. I S. 491).

[9] D. qui potior. 20, 4 l. 2, l. 9—11, l. 12 § 2, l. 14, l. 21 pr.; Cod. e. t. 8, 18 cst. 6 u. 8. — Über die Frage, wie das Alter eines Pfandrechts zu bestimmen ist, s. Arndts § 383 u. 384 und oben § 78 Beil. III Nr. II 1 a—c. und Nr. 2 (Th. I S. 394 f.), wonach theilweise zu berichtigen ist, was Arndts § 384 Nr. 2 und Nr. 3 a. E. sagt.

und die Gläubiger, denen sie zukommen, creditores pigneratitii simplices.

Privilegirt sind folgende Pfandrechte:

a. Wenn man Jemandem zur Anschaffung, Erhaltung oder Ausbesserung einer Sache Geld lieh oder sonst zu diesem Zweck Aufwand für ihn machte, den man von ihm ersetzt verlangen kann und man erwirbt für diese Forderung ein Pfandrecht an jener Sache, so ist dasselbe privilegirt, d. h. man kann aus der betreffenden Sache (vorzugsweise), selbst vor solchen Gläubigern, welche ältere Pfandrechte an ihr haben, Befriedigung verlangen, indem die römischen Juristen hier davon ausgingen, daß Derjenige, welcher später zum Besten der Sache kreditirte, auch Denen nützte, welche früher Pfandrechte an der Sache erworben hatten[10], sog. privilegium wegen versio in rem.

b. Der Fiskus hat ein gesetzliches Pfandrecht am ganzen Vermögen seiner Schuldner[11], und

α. dieses Generalpfandrecht ist, wenn seine Forderung in rückständigen Abgaben besteht, privilegirt[12], so daß er mit dieser Forderung auch älteren Pfandgläubigern des Schuldners vorgeht[13].

β. Hat er sonst Etwas an den Schuldner zu fordern, so ist sein gesetzliches Pfandrecht (am Vermögen des Schuldners) nicht privilegirt, jedoch mit einer Ausnahme. Wenn er nämlich aus einem Vertrage Etwas zu fordern hat und sein Schuldner nach geschlossenem Vertrag Etwas erwirbt: so erstreckt sich[14] das Generalpfand auch über diesen neuen Erwerb und an diesem (an den bonis post contractum acquisitis) ist es dann privilegirt, d. h. der Fiskus kann aus diesen Erwerbungen seines Schuldners vor anderen Pfandgläubigern des Schuldners Befriedigung verlangen[15].

c. Die Ehefrau hat am Vermögen ihres Mannes wegen ihrer dos ein gesetzliches Pfandrecht[16] und dieses Pfandrecht ist auch privilegirt, aber nur, wenn die Frau es selbst geltend macht oder ihre

---

[10] Quia salvam fecit totius pignoris causam. — S. Arndts § 385 Nr. 3.
[11] S. Arndts § 373 Anm. 2 Lit. a.
[12] Wie wenigstens stets die Praxis annahm.
[13] Arndts § 385 Note a.
[14] Nach dem oben in § 224 Nr. IV Gesagten.
[15] Arndts § 385 Note b.
[16] Arndts § 373 Anm. 2 Lit. g.

Descendenten als ihre Erben, also nicht andere Erben derselben oder Derjenige, dem sie ihre Dotalforderung cedirte[17].

3) Das privilegium giebt aber dem Pfandgläubiger nur einen Vorzug gegen die Pfandgläubiger, die von demselben Schuldner oder dessen Erblasser ihre Pfandrechte erwarben, nicht aber gegen solche, die von einem früheren Eigenthümer der Sache das Pfandrecht erworben hatten, z. B. A. verpfändete mir sein Haus für ein Darlehn im Jahr 1869; später verkaufte er das Haus an B.; dieser verpfändet es für ein Darlehn im Jahr 1871 an C. und im Jahr 1873 an D.; B. heirathet im Jahr 1875 die E.; diese giebt ihm eine bedeutende dos, und im Jahr 1877 hat er das Meiste durchgebracht und macht im Jahr 1878 Konkurs. Hier ist seiner Frau für ihre dos sein ganzes Vermögen gesetzlich verpfändet und dieses (gesetzliche) Pfandrecht der Frau ist privilegirt; die Frau (E.) geht daher in ihrer Befriedigung selbst den älteren Pfandgläubigern des B., dem C. und D. vor; aber mir geht sie nicht vor, obwohl ich nur ein einfaches Pfandrecht am Hause habe; denn ich gehe mit meinem Pfandrecht wegen meiner Forderung an A. allen Pfandgläubigern des B., selbst seinen privilegirten (also auch dem Pfandrechte seiner Frau) vor, weil ich schon bei einem früheren Eigenthümer, ehe die Sache an B. kam, mein Pfandrecht erworben hatte und dieses durch eine spätere Singularnachfolge in die Sache nicht alterirt werden kann[18].

4) Die privilegirten Pfandrechte stehen einander nicht gleich, sondern es gilt unter ihnen folgende Rangordnung:

a. Allen geht vor, wenigstens nach der Praxis, der Fiskus mit seinem privilegirten Pfandrechte wegen rückständiger Abgaben; dann kommt

b. die Ehefrau mit ihrer Dotalforderung; dann

c. die unter 2 a. angeführten creditores wegen versio in rem; und bei diesen, wenn Mehrere zu verschiedenen Zeiten zum Besten derselben Sache kreditirt haben, geht immer der jüngere vor, weil Der, welcher zuletzt zum Besten der Sache kreditirte, nach der Auffassung der Gesetze den älteren nützte[19]; endlich

---

[17] Arndts § 385 Nr. 2. Meine Ausführung im Archiv für civilistische Praxis Bd. XIV S. 365—393.

[18] Arndts § 385 a. E. und Anm. 4. Meine Abhandlung im Archiv für civilistische Praxis Bd. XIV.

[19] D. qui potior. 20, 4 l. 5, 7 pr.; Nov. 93 c. 3.

d. kommt der Fiskus mit seinem privilegirten Pfandrechte an den Erwerbungen, die sein Kontraktschuldner nach geschlossenem Vertrage machte[20].

5) Bei der Rangordnung der Pfandgläubiger entscheidet außerdem noch ein anderes Moment, die römisch-rechtliche Publicität vermöge einer Verordnung des Kaisers Leo[21]. Diese entscheidet aber nur unter solchen Pfandgläubigern, welche an sich nach dem Alter sich ordnen würden und welche das Alter ihres Pfandrechts durch eine Urkunde (nicht auf andere Weise) beweisen wollen.

Der Grund und Inhalt jener Verordnung nämlich ist folgender:

Ein Gläubiger könnte leicht durch Kollusion mit seinem Schuldner für ein Pfandrecht, das er von ihm erwarb, sich eine auf ein älteres Datum lautende Verpfändungsurkunde ausstellen lassen und so die älteren Pfandgläubiger um ihre Priorität zu betrügen suchen. Diesem sucht die Verordnung entgegen zu wirken durch folgende Bestimmung. Ein Pfandrecht, dessen Existenz und Alter bewiesen werden kann, entweder durch ein instrumentum publice confectum, d. h. durch eine vor einer richterlichen Behörde (die das ius actorum hat) errichteten Urkunde (sog. pignus publicum) oder durch ein instrumentum quasi publice confectum (d. h. durch eine von 3 unbescholtenen Zeugen unterschriebene Urkunde, sog. pignus quasi publicum) soll da, wo das Alter (nicht das Privilegium) entscheidet, unbedingt vorgehen jedem Pfandrecht, dessen Existenz und Alter nur durch eine Privaturkunde (d. h. eine mit weniger Glaubwürdigkeit versehene Urkunde) bewiesen werden kann (sog. pignus privatum, Privatpfandrecht)[22].

V. Faßt man diese Grundsätze zusammen, so ergiebt sich nach gemeinem Recht folgende Rangordnung sämmtlicher Gläubiger, wenn über einen Schuldner Konkurs ausbricht[23].

1. Klasse: In diese kommt der Fiskus mit seinem gesetzlichen Pfandrecht am Vermögen des Schuldners wegen rückständiger Abgaben (s. IV. 4. a.) und mit ihm nach deutschem Recht einige bloß persön-

---

[20] Die nähere Begründung dieser Klassifikation s. in meiner angeführten Abhandlung im Archiv für civilistische Praxis Bd. XIV S. 389 f.

[21] Cod. qui pot. 8, 18 cst. 11. — Diese Publicität hat einen ganz anderen Sinn, als die deutschrechtliche.

[22] Hierüber und die dabei bestrittenen Fragen s. Arndts § 386.

[23] Vgl. Arndts § 227 a. E. — Nun aber gilt als gemeines Recht die Reichskonkursordnung.

liche Forderungen vermöge eines abſoluten privilegium exigendi (ſ. Nr. I. 2 a. E.).

2. Klaſſe. In dieſe kommen die übrigen privilegirten Pfandgläubiger in der unter IV. 4. ausgeführten Ordnung.

3. Klaſſe. In dieſe kommen alle einfachen Pfandgläubiger (ſeien ſie vertragsmäßige, geſetzliche, teſtamentariſche oder richterliche); in ihrem Verhältnis zu einander entſcheidet das Alter (IV. 1)[24].

Bleibt nach Befriedigung dieſer Gläubiger noch Etwas vom Vermögen des Schuldners übrig, ſo kommt dieſes an die Gläubiger, die keine Pfandrechte haben (an die chirographarii vgl. Nr. I. u. II.); und zwar kommen zunächſt in die

4. Klaſſe diejenigen chirographarii, die ein privilegium exigendi für ihre Forderung haben (Nr. I.). Was dann etwa noch vom Vermögen des Schuldners übrig iſt, kommt in die

5. Klaſſe, in welcher alle übrigen Gläubiger ſtehen, welche weder ein Pfandrecht noch ein privilegium exigendi für ihre Forderung haben (ſog. nudi chirographarii). Dieſe theilen den Reſt unter ſich nicht nach dem Alter, ſondern nach der Größe ihrer Forderungen, alſo nach Procenten[25].

Dabei iſt aber noch zu beachten:

1) Wenn man bloß ein Specialpfandrecht hat und man wird aus demſelben in der 2. und 3. Klaſſe nicht oder nicht ganz befriedigt, ſei es weil privilegirte oder ältere Pfandgläubiger vorgehen, oder weil der Erlös aus demſelben nicht zur Tilgung der Pfandſchuld reicht: ſo hat dann der Pfandgläubiger für den Reſt ſeiner Forderung kein Pfandrecht mehr. Er kommt daher mit dieſem in die 5. Klaſſe; oder wenn ſeine Forderung eine ſolche iſt, wegen deren er ein privilegium exigendi hat, in die 4. Klaſſe.

2) Ein Erblaſſer kann in ſeinem letzten Willen Anderen nur unter der Vorausſetzung Etwas wirkſam vermachen, daß von ſeinem Vermögen nach Zahlung aller ſeiner Schulden noch Etwas übrig iſt. Es ſteht alſo ein Vermächtnisnehmer des Erblaſſers allen Gläubigern desſelben, ſelbſt denen der 5. Klaſſe nach. Wenn daher ein Erblaſſer, über welchen Konkurs ausgebrochen iſt, an ſeinen Sachen einem Gläu-

---

[24] Nur geht in den unter IV 5 angeführten Fällen das pignus publicum und quasi publicum dem privatum vor.

[25] Cod. de bon. auct. iud. 7, 72 cst. 6 a. E.

biger ein Pfandrecht vermacht hatte, so steht dieser Gläubiger mit seinem pignus testamentarium allen Gläubigern des Erblassers (auch den chirographarischen) nach; denn sein Pfandrecht ist ein bloßes Legat, das nur deducto aere alieno gelten kann[26].

Erlöschung des Pfandrechts.

§ 230.

(Arndts §§ 389—392.)

Bei den Gründen, durch welche ein (gehörig erworbenes) Pfandrecht erlischt oder anfechtbar wird, muß man unterscheiden

I. Solche Beendigungsgründe, welche das Pfandrecht mit anderen Rechten im Wesentlichen gemein hat[1]. Über den einen dieser Gründe, die Verjährung, ist Folgendes[2] zu bemerken:

a. Die allgemeinen von den christlichen Kaisern eingeführte Verjährung klagbarer Ansprüche[3] gilt natürlich auch beim Pfandrecht, nur daß sie bei diesem in einigen Fällen nicht schon in 30, sondern erst in 40 Jahren eintritt, d. h. wenn der Pfandgläubiger 30, in einigen Fällen 40 Jahre lang von seiner Pfandklage nicht Gebrauch macht, so kann der Besitzer sich später gegen die Pfandklage mit einer exceptio temporis schützen und dadurch sie anfechten und perimiren[4].

b. Schon das klassische römische Recht kennt noch eine andere, kürzere Verjährung des Pfandrechts, eine longi temporis praescriptio desselben. Sie tritt ein, wenn Jemand die verpfändete Sache iusto titulo und bona fide und ohne vom Pfandrecht zu wissen, besitzt, und dieser Besitz inter praesentes (d. h. wenn der Pfandgläubiger in derselben Provinz mit ihm wohnt) 10 Jahre lang, inter

---

[26] Cod. de iure delib. 6, 30 cst. 22 § 5.

[1] Es sind dies die bei Arndts § 389 u. 390 angeführten. Dabei ist zu § 389 Nr. 1 auch zu vergleichen das oben § 69 Lit. C Nr. II 2 (Th. I S. 329) und zu § 389 Nr. 2 das oben § 227 Ausgeführte.

[2] Zu näherer Bestimmung und Berichtigung des bei Arndts § 390 Nr. 3 Angegebenen.

[3] S. oben § 104 (Th. I S. 540 f.).

[4] Arndts § 390 Lit. c. Unrichtig ist es aber, wenn Arndts § 390 a. E. und Anm. 3 glaubt, das kanonische Recht habe hieran Etwas geändert; namentlich ist auch nach kanonischem Recht zu dieser Verjährung bona fides des Besitzers der Sache, d. h. daß er von dem darauf haftenden Pfandrecht nicht weiß, — nicht erforderlich.

absentes[5] 20 Jahre lang dauerte und der Gläubiger in dieser Zeit sein Pfandrecht nicht geltend macht; nur darf der Besitzer nicht der Pfandschuldner selbst oder ein Erbe desselben sein[6].

Die Wirkung dieser Verjährung (»longi temporis praescriptio«) ist aber keineswegs[7], daß nun das Pfandrecht erlischt, sondern es wird nur (für den Besitzer und seinen Rechtsnachfolger) anfechtbar, wie im Falle von Lit. a., d. h. der Besitzer und seine Rechtsnachfolger können sich nun durch eine exceptio temporis gegen die Klage des Pfandgläubigers schützen, und auch, nach einer spätern Bestimmung Justinians[9], die Sache, wenn sie sie später aus dem Besitze verlieren, dem Pfandgläubiger (mit der rei vindicatio oder Publiciana actio) abfordern, indem sie, wenn er sich excipiendo auf sein Pfandrecht beruft, diese Einrede durch die replica temporis removiren können[10].

c. Das gleiche Recht wie unter b. hat nach einer Bestimmung Justinians der bonae fidei possessor der Sache auch dann, wenn er keinen iustus titulus für seinen Besitz nachweisen kann, aber die Sache 30 Jahre lang besessen hat[11].

II. Erlöschungsgründe, welche auf die besondere Natur des Pfandrechts sich stützen, also ihm eigenthümlich sind; diese sind:

1) wenn das Pfand zum Zweck der Befriedigung des Pfandgläubigers, oder falls es Mehreren verpfändet ist, des besten Pfandgläubigers veräußert wird[12];

2) in einigen Fällen (erlischt das Pfandrecht), wenn der Eigenthümer die verpfändete Sache veräußert[13].

3) Wenn die Forderung erlischt (z. B. bezahlt wird), für welche das Pfandrecht bestellt war, so muß auch das Pfandrecht

---

[5] Vgl. oben § 51 (Th. I S. 232).

[6] S. die bei Arndts § 390 Note h angeführten Stellen.

[7] Wie Arndts § 390 und Viele glauben.

[8] Anders, wenn die Sache in andere Hände kommt.

[9] Cod. de praescr. 30 annor. 7, 39 cst. 8.

[10] Über alles Dieses s. Dernburg Pfandrecht II 597 f. und meine Schrift über das Superficiarrecht (1868) S. 112 f.

[11] Cod. cst. 8 cit.

[12] Arndts § 392. Näheres hierüber s. oben § 228 Nr. I. II.

[13] Darüber s. oben § 228 Nr. IV. — Über Das, was in dieser Hinsicht Arndts § 392 Anm. 2 Lit. a vom Fiskus sagt, s. oben § 68 Beil. II Nr. V (Th. I S. 322 f.. Über Arndts § 392 Note c s. oben § 227 Nr. 1 b.

erlöschen, weil eine Sicherung für eine nicht mehr existirende Forderung keinen Sinn hat[14].

Nur in einigen Fällen wurde nach römischem Recht, wenn nach strengem Recht die Forderung erloschen gewesen wäre, das für sie bestellte Pfandrecht forterhalten, so daß der Gläubiger dann durch die Pfandklage zu seiner Befriedigung wegen der Forderung kommen konnte. Es war dies eine Nothwendigkeit, um in gewissen Fällen das Recht des Gläubigers zu erhalten, in welchen sein Untergang nicht zu rechtfertigen gewesen wäre, und in denen man zu diesem Zweck, um es mit der Rechtskonsequenz in Einklang zu bringen, annahm, daß die Forderung gleichsam als naturalis noch fortbestehe, wie z. B. bei der processualischen Konsumtion der Forderung[15]. Allein diese Fälle waren schon im späteren römischen Recht meist antiquirt[16].

4) Wenn die Forderung, für die das Pfand bestellt ist, anfechtbar wird, so muß auch das Pfandrecht angefochten werden können, weil das Pfandrecht seiner (accessorischen) Natur nach nur für die Forderung, so weit sie zu Recht besteht, haften soll[17]. Dies wird auch im Allgemeinen zugegeben. Nur ist die Frage bestritten, ob, wenn die Forderung verjährt ist, sie also mit der exceptio temporis angefochten werden kann, auch das dafür bestellte Pfandrecht mit dieser Einwendung anfechtbar ist[18].

Die neueren Partikularrechte.

§ 231.

Das gemeinrechtliche Pfandsystem hat den großen Fehler, daß es seinen Zweck, gehörige Sicherung des Gläubigers, gar nicht gehörig erfüllt; die Ursache liegt hauptsächlich darin, daß

[14] Arndts § 391. Vgl. oben § 223 Nr. 3. — Zwar behaupten manche Neuere (auch Bangerow), das Pfandrecht erlösche dann nicht, wenn die Forderung des Pfandgläubigers durch ein Ereignis erlösche, welches ohne den Willen des Gläubigers und ohne Befriedigung die Aufhebung seiner Forderung bewirke. Allein es wäre mehr als sonderbar, ein Pfandrecht bestehen zu lassen, wenn der Gläubiger gar keine Forderung mehr hat. Denn dann ist ja Nichts mehr vorhanden, was gesichert werden könnte. Mit Recht erklärt sich auch Arndts (§ 391 in der Anm. a. E.) gegen jene Ansicht und auch unsere Quellen sagen ganz klar, daß das Pfandrecht erlösche, wenn auf irgend eine Weise die Pfandschuld erloschen sei. D. quib. mod. pign. 20, 6 l. 6 pr.; de solut. 46, 3 l. 43. Meine Erörterungen III S. 140 f.

[15] S. oben § 111 Beil. II Nr. 3 a. E. und Nr. 4 Lit. c (Th. I S. 571).

[16] Meine Erörterungen III S. 23 f., 35 f. — Der einzige Fall, bei dem von einer Anwendbarkeit bei uns noch die Rede sein könnte, ist der der l. 59 D. ad SC. Treb. 36, 1. S. Arndts § 391 Anm. Vgl. Windscheid Pand. § 249 Note 4.

[17] Arndts § 391 Note c. Vgl. oben § 223 Nr. 3.

[18] Darüber s. oben § 108 Nr. I 4 (Th. I S. 553).

1) wer sich eine Sache verpfänden lassen will, nach gemeinem Recht gar nicht ein Mittel hat, sich darüber zu vergewissern, ob nicht schon ältere bessere Pfandrechte auf ihr haften, die ihm vorgehen würden. Wenn ihm auch der Verpfänder versichert, daß die Sache noch an Niemanden verpfändet sei, kann sie doch von den Vorgängern des Verpfänders, ohne daß dieser davon wußte, verpfändet worden sein oder kann ein den Partieen unbekanntes gesetzliches Pfandrecht auf ihr haften, wodurch nun Derjenige, der sich später die Sache verpfänden läßt, um alle seine Sicherheit kommen kann.

2) Selbst wenn die Sache, die sich Jemand verpfänden läßt, noch an Niemanden verpfändet war und er somit dem Alter nach die erste Hypothek daran bekommt, so kann er doch um alle Sicherheit gebracht werden, wenn der Verpfänder später eine Schuld kontrahirt, mit welcher ein privilegirtes Pfandrecht verbunden ist, die ihm also trotz seines höhern Alters vorgeht. Überdies ist

3) das gemeine Pfandrecht auch dem Verkehr sehr nachtheilig. Denn wer eine Sache ins Eigenthum, z. B. in Folge eines Kaufs erwirbt, kann nie wissen, ob nicht ein Pfandrecht auf ihr liegt (z. B. ein Generalpfand) und er riskirt daher stets, daß ein Dritter, der beim früheren Eigenthümer ein Pfandrecht an ihr erwarb, sie ihm mit der actio hypothecaria entziehen kann.

Mit Recht haben daher die meisten neueren deutschen Partikularrechte das römische Pfandsystem wesentlich umgebildet. Sie gehen im Wesentlichen von folgenden Principien aus:

I. Ein ganzes Vermögen als solches kann gar nicht verpfändet werden; es sind überhaupt bloß Verpfändungen einzelner bestimmter Dinge als solcher — Specialpfandrechte in diesem Sinn — zulässig. Denn

II. ein Pfandrecht kann nur entstehen: an Mobilien in der Form eines Faustpfandes (und zwar durch wirkliche Übergabe, so daß selbst ein constitutum possessorium ausgeschlossen ist); an Forderungen dadurch, daß man dem Gläubiger die Schuldurkunde übergiebt; an Grundstücken dadurch, daß das Pfandrecht in ein öffentliches Buch, in das Grund- und Hypothekenbuch eingetragen wird (deutschrechtliche Publicität des Pfandrechts) und zwar mit genauer Bestimmung der Summe, für die es haften soll, so daß Jeder

sehen kann, ob und für was die Sache bereits verpfändet ist (Princip der Specialität und Publicität).

III. Die Rangordnung der Pfandgläubiger bestimmt sich ohne alle Ausnahme lediglich nach dem Alter, also bei Grundstücken nach dem Alter der Eintragung, so daß die Klasse der privilegirten Pfandgläubiger ganz wegfällt.

Es giebt also nach diesen Partikularrechten kein Generalpfand, kein privilegirtes Pfand, kein gesetzliches und testamentarisches; damit ist aber nicht zu verwechseln, daß in manchen Fällen das Gesetz einem Gläubiger das Recht einräumt, zu verlangen, daß der Schuldner ihm ein Pfandrecht bestelle und ein gleiches Recht kann dem Gläubiger vom Eigenthümer der Sache durch Vertrag oder letzten Willen eingeräumt werden. Aber dadurch erwirbt er noch nicht das Pfandrecht selbst, sondern er hat nur einen Pfandrechtstitel, einen Anspruch auf wirkliche Verpfändung; das Pfandrecht selbst entsteht bloß auf die unter Nr. II angegebenen Weisen.

Hiernach kann der Pfandgläubiger stets genau die Sicherheit ermessen, die ihm das Pfandrecht gewährt, und er in dieser Sicherheit weder durch unbekannte Pfandrechte, noch durch Pfandprivilegien getäuscht werden. Auch kann Jeder, der eine Sache erwerben, z. B. kaufen will, vorher genau erfahren, ob ein Pfandrecht auf der Sache haftet und sich vor Schaden wahren [1].

Noch ist zu bemerken, daß das Deutsche Handelsgesetzbuch [2] ein gesetzliches Pfandrecht (des Kommissionärs, Spediteurs und Frachtführers) einführte, das sich aber wohl rechtfertigen läßt und dem Verkehr nicht nachtheilig ist.

---

[1] Über die Konsequenzen dieser Grundsätze und darüber, daß nach diesen Partikularrechten die accessorische Natur des Pfandrechts mannigfach modificirt ist, gehört das Nähere in das betreffende Partikularrecht.

[2] H. G. B. Art. 374. 382. 409—412.

Das Familienrecht*.

Erſter Abſchnitt.

Die Ehe.

Erſtes Kapitel. Das Eherecht im engern Sinn.

§ 232.

(Arndts § 393.)

Bei jedem einzelnen Familienverhältnis hat man ſtets eine doppelte Beziehung desſelben ins Auge zu faſſen, nämlich das Verhältnis an ſich, ſeine Begründung und Wiederauflöſung und ſeine perſonenrechtliche Bedeutung, — ſodann ſeine vermögensrechtliche Bedeutung. So auch bei der Ehe. Es iſt bei ihr zu unterſcheiden das Eherecht im engern Sinn, d. h. die Normen über Eingehung und Aufhebung der Ehe und über die perſonenrechtliche Stellung der Ehegatten — ſodann das eheliche Güterrecht oder Vermögensrecht, d. h. der Einfluß der Ehe auf die Vermögensverhältniſſe. — Bei dem Eherecht im engern Sinn kommen folgende Fragen in Betracht:

A. Die Ehe überhaupt. Die Ehe iſt eine nach den Geſetzen eingegangene Verbindung zwiſchen Mann und Weib zur innigſten allſeitigen Lebensgemeinſchaft[1]. Eine ſolche Lebensgemeinſchaft aber kann in würdiger Weiſe nur beruhen auf gegenſeitiger gleicher Achtung der Perſönlichkeit (maritalis honor et affectio[2]). Gerade darin

* Durch Familienrecht bezeichnen wir den Inbegriff der Rechtsnormen über die durch das Familienband begründeten Verhältniſſe und über die den väterlichen Schutz ergänzende Vormundſchaft. Die Grundlage des Familienverhältniſſes iſt die Ehe.

[1] Vgl. die von Arndts l. c. Anm. 1 (im Anfang) angeführten Stellen.

[2] Arndts l. c. Anm. 1 a. E. D. de don. 39, 5 l. 31 pr.

liegt das Wesen der Ehe und gerade dadurch unterscheidet sie sich wesentlich von dem Konkubinat[3]. — Nach ihrer näheren Gestaltung auf dem Rechtsgebiete ist zu unterscheiden

I. Römisches Recht. Dieses kannte verschiedene Gattungen der Ehe, nämlich

1) die Ehe des nationalrömischen Rechts, des ius civile in diesem Sinn, das matrimonium legitimum, die iustae nuptiae. Diese Ehe war nur möglich zwischen Personen, die das römische Bürgerrecht hatten (cives romani); ferner zwischen diesen und solchen Nichtbürgern (peregrini), welchen das connubium mit Römern ertheilt war. Sie zerfiel in zwei Arten.

Die eine war die Ehe des altrömischen Rechts, die wir durch strenge Ehe oder durch manus-Ehe bezeichnen. Ihr Princip war die absolute Gewalt des Mannes über das ganze Haus. Sie mußte unter bestimmten Formen eingegangen werden. Die Frau kam dadurch in die manus des Mannes, d. h. in eine ausgedehnte Gewalt, die der patria potestas gleich war, also in das Verhältnis einer Haustochter mit allen Konsequenzen desselben (ius vitae et necis); ihr Vermögen fiel daher dem Manne zu[4]. Diese Ehe wurde gegen das Ende der Republik immer seltener und verschwand in den Kaiserzeiten ganz[5].

Neben ihr bildete sich allmählich die von uns so genannte freie oder laxe Ehe, welche schon zu Augustus' Zeiten die herrschende war. Ihr Princip war das einer möglichsten Freiheit in Betreff des Ehebandes. Die Frau ist zwar dem Manne Folgsamkeit (Gehorsam) schuldig, kommt aber nicht in die manus des Mannes, bleibt sui iuris, und wenn sie noch in der Gewalt ihres Vaters steht, bleibt sie in dieser. Das Vermögensverhältnis in dieser Ehe ist das Dotalrecht; der Frau verbleibt ihr Vermögen (und was sie während der Ehe ererbt), so weit sie es nicht dem Manne als dos bestellte. Zur Eingehung einer solchen Ehe bedurfte es keiner Form, es genügte jede formlose Vereinbarung. Dabei galt völlige Freiheit, die Ehe wieder aufzuheben, jeder Gatte konnte sie durch repudium wieder lösen (zu jeder

---

[3] S. unten § 258.
[4] Das Nähere über diese manus-Ehe aber gehört lediglich in die Rechtsgeschichte.
[5] In Justinians Rechtssammlungen ist von ihr nicht die Rede.

Zeit). Erſt durch die chriſtlichen Imperatoren wurden willkürliche Scheidungen erſchwert[6].

2) Die Ehe zwiſchen Peregrinen oder der Römer mit ſolchen, die nicht das connubium mit Römern hatten, matrimonium iuris gentium. Eine ſolche Ehe war zwar an ſich gültig, die Kinder waren eheliche, aber ſie hatte nicht die beſonderen Wirkungen der Ehe des ius civile; der Mann bekam namentlich nicht die römiſche patria potestas über die in einer ſolchen Ehe gezeugten Kinder; es galt bei dieſer Ehe nicht das römiſche Dotalrecht. Die Frau wird deßhalb hier bisweilen uxor iniusta genannt, d. h. eine nicht in römiſcher Ehe lebende Ehefrau[7].

II. Deutſches Recht. Das deutſche Recht unterſcheidet nicht Ehen zwiſchen Solchen, die das Staatsbürgerrecht haben und Anderen. Es kennt alſo die Verſchiedenheit zwiſchen matrimonium iuris gentium und iuris civilis nicht. Denn jeder Fremde hat mit uns das connubium. Heirathet daher unſer Bürger eine Fremde, ſo hat die Ehe die vollſten rechtlichen Wirkungen, welche unſer Recht der Ehe beilegt[8]. Die Ehen Fremder unter ſich beurtheilen wir nach den Geſetzen des Staats, dem ſie angehören[9].

B. Die Eingehung und die Aufhebung der Ehen und die Ehegeſetzgebung. In dieſen wichtigen Beziehungen des Eherechts im engern Sinn griff ſchon vom Mittelalter an ein Einfluß der Kirche ein, dem die Staaten und ſo auch die Deutſchen ſich zu ſehr beugten, der aber mit Recht jetzt in unſerem deutſchen Reiche ganz beſeitigt iſt. Man muß daher in dieſer Hinſicht unterſcheiden:

I. Das frühere Recht. Die Ehen ſind für den Staat von der größten Bedeutung. Sie ſind die Grundlage der Familie, die Familien die Grundlagen der Gemeinden, Letztere die Grundlagen des Staats. Es iſt daher Aufgabe des Staats, für dieſes wichtige ſociale Verhältnis die maßgebenden rechtlichen Normen feſtzuſetzen, ſo weit überhaupt ein Verhältnis, das hauptſächlich ein ſittliches iſt, durch das Recht geregelt werden kann; und der Staat allein iſt es, der auch

---

[6] Vgl. Arndts § 416.

[7] D. de adulter. 48, 5 l. 13 § 1; Ulp. fragm. tit. V § 8.

[8] Über dieſe Wirkungen ſ. Lit. D und unten § 233.

[9] Dagegen kann man nach deutſchem Recht eine Art der Ehe mit beſchränkter Wirkung unterſcheiden, nämlich die Ehe zur linken Hand; ſ. Arndts § 394.

bei den Ehen das Recht handhaben soll (durch bürgerliche Behörden). Dabei wird aber und soll in der Ehe auch das religiöse Element (ein Halt der Sittlichkeit) mannigfachen Einfluß äußern. Allein dieser sollte, so weit er nicht von der Gesetzgebung des Staats berücksichtigt wird, nicht durch rechtlichen Zwang wirken, sondern dem freien sittlichen Willen der Betreffenden anheimgegeben sein.

Davon gingen auch die römischen Imperatoren, namentlich auch die christlichen bis zu Justinian einschließlich aus. Sie hielten an dem Grundsatz fest, daß das Eherecht von dem Staate, nicht von der Kirche zu bestimmen und zu handhaben sei, wobei jedoch auf den Inhalt ihrer Gesetze auch das religiöse Element manchen Einfluß hatte.

Dieses änderte sich aber im Mittelalter wesentlich. Die Kirche (Päpste und Koncilien) suchte immer mehr die Ehe unter ihre Gesetzgebung und Gerichtsbarkeit zu bringen, unter dem Vorwande, daß die Ehe wesentlich ein sittliches Verhältnis (Gewissenssache) sei.

Hiervon ging das kanonische Recht aus und später (im 16. Jahrhundert) auch das concilium Tridentinum[10]. Die (christlichen) Staaten anerkannten dies und ließen sich in Ehesachen in der Regel ganz von der Kirche beherrschen. Zwar emancipirten sich die Protestanten in Ehesachen (durch die Reformation) vom kanonischen Rechte, aber nur, so weit es auf solchen religiösen Auffassungen beruhte, welche von der Reformation verworfen wurden (z. B. Sakrament und Unauflöslichkeit der Ehe) und das concilium Tridentinum galt für sie gar nicht. Allein auch bei ihnen bemächtigten sich die Kirchenordnungen und eben damit die Geistlichkeit der Eheverhältnisse und über Ehesachen erkannten theils rein geistliche Gerichte, theils zwar weltliche, an denen aber auch geistliche Beisitzer Theil nahmen. So blieb das Kirchenrecht auch bei uns für die Ehen maßgebend und schied sich das Eherecht der Christen in ein katholisches und protestantisches. Deßhalb waren es auch die Geistlichen, welche die Bücher über Geburten, Heirathen und Todesfälle führten.

Bei diesen Verhältnissen wurde die Lehre von den Erfordernissen der Ehe und ihrer Eingehung, Aufhebung und der Gerichtsbarkeit über sie nicht in den Pandekten, sondern in den Vorlesungen über Kirchenrecht vorgetragen.

---

[10] Arndts l. c. Anm. 3.

II. Das jetzt geltende gemeine Recht. Jetzt ist es bei uns ganz anders. In unserem deutschen Reiche ist nun der Grundsatz anerkannt, daß das Eherecht nur durch die Gesetzgebung des Staats bestimmt werden kann, daß eine von der Kirche ausgegangene Norm für das Eherecht nicht mehr maßgebend ist und bei ihm eine Mitwirkung von kirchlichen Organen (auf dem Rechtsgebiet) ausgeschlossen ist. Von diesen Grundsätzen geht das (wichtige) Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung aus. Dieses Gesetz trat im ganzen deutschen Reich mit dem 1. Januar 1876 in Kraft. Von da an gilt also in ganz Deutschland als unbedingt maßgebendes gemeines Recht im Wesentlichen Folgendes:

1) In allen streitigen Ehe- und Verlöbnissachen sind allein die (ordentlichen) bürgerlichen Gerichte ohne geistliche Beisitzer zuständig [11].

2) Die Funktionen, welche bisher durch Geistliche besorgt wurden, sind nun den vom Staat bestellten Standesbeamten übertragen [12]. Ein Geistlicher kann nicht Standesbeamter sein [13].

3) Die Bücher oder „Register" über Geburten, Heirathen und Todesfälle hat nur der Standesbeamte zu führen [14].

4) Über die Form der Eheschließung ist auch das frühere Recht völlig geändert.

Das römische Recht forderte zur Eingehung der Ehe, abgesehen von der manus-Ehe (Lit. A.), keine besondere Form. Die Ehe ist nach ihm gültig geschlossen, sobald die Partieen in der Absicht, Ehegatten zu sein, sich zum Zusammenleben vereinigen, also durch ausdrücklich oder stillschweigend erklärten consensus maritalis [15].

Das kanonische Recht folgte hier ganz dem römischen; es verlangte zur Gültigkeit der Ehe bloß den erklärten consensus maritalis. Das concilium Tridentinum dagegen führte eine Form zur

---

[11] S. das angeführte Gesetz § 76: „Geistliche Gerichtsbarkeit findet nicht statt".
[12] Ges. § 2—11. [13] Ges. § 3 a. E.
[14] Ges. § 1. § 12—27. § 55—71. — Über die Beweiskraft der Einträge s. Ges. § 15.
[15] Die Ehe entsteht durch Vertrag (aber sie ist nicht ein Vertrag). Consensus facit nuptias. D. de R. I. 50, 17 l. 30; de don. int. vir. 24, 1 l. 32 § 13. Cod. de repud. 5, 17 cst. 8 pr., cst. 11 pr. Nov. 22 c. 3. — Bloß bei personae illustres schrieb Justinian eine Form vor, die schriftliche Errichtung von Ehepakten. Nov. 117 c. 4.

gültigen Eingehung der Ehe ein, aber nicht priesterliche Trauung, sondern bloß die Erklärung des consensus maritalis vor dem Pfarrer des einen Theils und vor zwei Zeugen. Bei den Protestanten galt hierüber Anfangs und bis in die zweite Hälfte des 16. Jahrhunderts als gemeines Recht das kanonische Recht, also der Grundsatz: consensus facit nuptias. Allein bald verlangten einzelne protestantische Kirchenordnungen eine Erklärung des Konsenses vor dem Pfarrer und priesterliche Trauung durch denselben und dies wurde allmählich als gemeines Recht für Protestanten anerkannt.

Erst in unserem Jahrhundert fingen einige Staaten an, sich hierin von der Kirche zu emancipiren und nach französischem Vorgange die Eheschließung vor einem bürgerlichen Beamten einzuführen, sog. Civilehe, und in den deutschen Provinzen der linken Seite des Rheins galt die Civilehe schon von der Wiedereroberung des linken Rheinufers (1813) an. In einigen kleineren Staaten wurde sie in beschränkter Weise, als sog. Noth-Civilehe oder als fakultative Civilehe eingeführt.

Jetzt aber ist die Civilehe, und zwar als obligatorische, durch das erwähnte Reichsgesetz in ganz Deutschland eingeführt. Denn nach demselben kann im deutschen Reiche eine Ehe „rechtsgültig nur vor dem Standesbeamten" in Gegenwart von 2 großjährigen Zeugen geschlossen werden[16].

Ob die Ehegatten ihre auf diese Weise geschlossene Ehe auch durch die Kirche einsegnen lassen wollen, dies steht ihnen frei[17]. Allein es ist dies nur religiöse Pflicht und bloße Gewissenssache; auf dem Rechtsgebiete, also für die Rechtsgültigkeit der Ehe und ihre Wirkungen ist die kirchliche Einsegnung ganz indifferent.

5) Das Aufgebot, das der Ehe in der Regel voranzugehen hat, geschieht auch lediglich durch den Standesbeamten[18].

6) Was die Ehehindernisse betrifft, so hatte das frühere Recht deren eine große Zahl. Das Reichsgesetz beschränkte sie sehr angemessen auf sehr wenige Fälle[19], z. B. wegen Verwandtschaft verbietet es nur die Ehe zwischen Ascendenten und Descendenten und

[16] R. Ges. § 41—43, § 52. 53. Der Standesbeamte hat die Verlobten zu fragen, „ob sie die Ehe mit einander eingehen wollen". Wenn sie sodann auf diese Frage die bejahende Antwort geben, so hat der Standesbeamte auszusprechen, „daß er sie nunmehr kraft des Gesetzes für rechtmäßig verbundene Eheleute erkläre".

[17] R. Ges. § 82. [18] R. Ges. § 44—51. [19] R. Ges. § 28—39.

zwiſchen Geſchwiſtern. — Welche Wirkungen dieſe Ehehinderniſſe haben, wenn gegen ſie eine Ehe eingegangen wird (z. B. der Standesbeamte ſie nicht kennt), ob ſie impedimenta dirimentia ſind, d. h. die Ehe nichtig iſt, oder ſog. impedientia tantum, d. h. die Ehe gültig iſt und bleibt und nach Umſtänden nur andere Nachtheile eintreten, z. B. nur eine Geldſtrafe, dies iſt bei den meiſten Hinderniſſen nach dem Partikularrecht zu entſcheiden[20].

Alle anderen Ehehinderniſſe und Beſchränkungen der Eingehung von Ehen, welche das Reichsgeſetz nicht ausdrücklich enthält, ſind aufgehoben[21].

7) Dispenſationen in Eheſachen, ſo weit ſie überhaupt zuläſſig ſind, kann nur der Staat ertheilen (durch die von der Landesregierung beſtimmten Behörden)[22].

8) Die Eheſcheidung. Nach dem bisherigen Recht[23] war eine Eheſcheidung bei Katholiken ganz unzuläſſig; es konnte bei ihnen bloß auf eine bleibende Trennung von Tiſch und Bett (separatio quoad mensam et thorum perpetua) erkannt werden, bei der aber das Eheband an ſich fortbeſtand bis zum Tod eines Gatten. Bei Proteſtanten war Eheſcheidung zuläſſig, aber nur aus beſonderen Gründen und nur durch Erkenntnis des Ehegerichts.

Nach dem Reichsgeſetz iſt die bleibende Trennung von Tiſch und Bett nicht mehr zuläſſig. Wo ſie bisher beſtand, iſt ſtatt ihrer Scheidung, d. h. Auflöſung des Ehebandes auszuſprechen, alſo auch bei Katholiken; wo ſie vor Erlaſſung des Reichsgeſetzes erkannt wurde, kann jeder Gatte Auflöſung der Ehe (alſo Scheidung) verlangen. Das Erkenntnis über die Trennung iſt (im ordentlichen bürgerlichen Proceßverfahren) von den bürgerlichen Gerichten (Nr. 1) zu fällen[24].

C. Das Verlöbnis. Einer Ehe geht gewöhnlich ein Verlöbnis voran (sponsalia im eigentlichen Sinn), d. h. ein Vertrag, vermöge deſſen zwei Perſonen ſich zur Eingehung der Ehe mit einander verpflichten[25]. Gemeinrechtlich iſt dazu bloß der auf irgend eine Weiſe (ausdrücklich oder durch konkludente Handlungen) erklärte gegenſeitige

---

[20] R. Geſ. § 36—38. [21] R. Geſ. § 39.
[22] R. Geſ. § 40. 50.
[23] Über das römiſche Recht ſ. oben Lit. A I 1 a. E.
[24] R. Geſ. § 76. 77. [25] D. de spons. 23, 1 l. 1. 2.

Konsens nöthig[26]. Ein Verlöbnis hatte nach römischem Recht keine rechtlich bindende Kraft. Jeder Theil konnte daher willkürlich von ihm abgehen und es aufheben[27]. Dies war auch sehr richtig, denn ein Zwang zur Vollziehung des Verlöbnisses würde zu nichts Gutem führen und ist auch gegen die Würde der Ehe.

Das kanonische Recht aber sprach es mehrfach aus, die Eingehung der Ehe sei eine (sittliche) Pflicht der Verlobten, auf deren Erfüllung die Kirche zu halten habe. Dieses bildete das deutsche Gewohnheitsrecht dahin aus: es entspringe aus dem Verlöbnis eine wahre juristische obligatio ad contrahendum matrimonium. Das Verlöbnis ist ein klagbarer obligatorischer Vertrag. Hiernach kann, wenn ein Theil ohne gerechte Gründe vom Verlöbnis abgeht, der andere gegen ihn aus dem Verlöbnis klagen. Das ältere Gewohnheitsrecht ließ hier in der Regel eine Klage direkt auf Eingehung der Ehe zu und eine Exekution des Urtheils durch Zwangskopulation. Das spätere Gewohnheitsrecht aber verwirft diese Zwangskopulation und gestattet nur eine Klage auf das volle Interesse in Geld, theils zum Ersatz, theils zur Genugthuung. Der Richter hat hier den Werth, den die Ehe für den verletzten Theil nach seinen und des Gegners Verhältnissen gehabt haben würde, und die ihm für die zugefügte Unbill gebührende Genugthuung nach seinem billigen Ermessen in Geld zu taxiren. Wird die Braut geschwängert, so kommen, wenn der Bräutigam ohne gerechten Grund[28] zurücktritt, ihrem Kinde die Rechte eines ehelichen Kindes an den Vater und ihr die Stellung einer geschiedenen Ehefrau zu. Häufig geht die Praxis noch weiter und nimmt auch, wenn es durch den Tod eines Theils nicht zur Ehe kommt, an, daß den Brautkindern die Rechte der legitimen Kinder zuzusprechen seien. Diese Praxis ist aber keineswegs allgemein und hat keinen gehörigen Grund.

Bei Verlöbnissen ist es gewöhnlich (und war auch bei den Römern gewöhnlich), daß die Verlobten einander eine arrha sponsalitia

---

[26] D. l. c. l. 4. 18.

[27] Cod. de spons. 5, 1 cst. 1; de nupt. 5, 4 cst. 14; de repud. 5, 17 cst. 2 a. E.

[28] Für gerechte Gründe zum Abgehen vom Verlöbnis erklärt übrigens das kanonische Recht nicht bloß die Verletzung der Treue, sondern auch, wenn die Verhältnisse bei den Verlobten sich so änderten, daß unter diesen geänderten Verhältnissen der Rücktretende das Verhältnis nicht geschlossen haben würde (X. de iureiur. 2, 24 cp. 25).

(Mahlschatz) geben, d. h. ein Geschenk, welches zum Zeichen dienen soll, daß sie mit einander in einem Verlöbnis stehen. Kommt es zur Ehe, so behält jeder Theil die arrha. Kommt es nicht zur Ehe, so ist die arrha zurückzugeben. Ist aber der Geber Schuld, daß es nicht zur Ehe kommt, so verliert er das Zurückforderungsrecht[29].

Natürlich können die Verlobten einander auch sonst Geschenke machen, die nicht den Zweck der arrha haben. Bei diesen gelten die gewöhnlichen Schenkungsgrundsätze. Nur können auch sie zurückgefordert werden, wenn die Ehe nicht zu Stande kommt, ausgenommen:

a. wenn der Schenker am Nichtzustandekommen der Ehe Schuld ist; hier behält der beschenkte Theil das Geschenk und kann selbst das versprochene Geschenk einklagen.

b. Wenn die Ehe wegen des Todes eines Theils nicht zu Stande kommt, kann die Braut oder ihre Erben die Hälfte der empfangenen Geschenke behalten, aber nur osculo interveniente[30].

D. Die personenrechtliche Stellung der Ehegatten. Die sittlichen Anforderungen, welche die Ehe an die Gatten macht, sind größtentheils einem rechtlichen Zwang nicht zugänglich und können daher vom Rechte nur höchst beschränkt in seinen Inhalt aufgenommen werden[31].

Hiernach gehen die juristischen Wirkungen der Ehe auf die personenrechtliche Stellung der Gatten dahin:

1) Die Ehegatten sind zum Zusammenleben verpflichtet. Die ökonomischen Lasten der Ehe, namentlich Unterhalt der Frau und Kinder, hat der Mann zu tragen. Auch haben beide Gatten gegen einander das sog. beneficium competentiae[32].

2) Durch die Ehe wird die Pflicht zur ehelichen Treue in Be-

---

[29] Cod. de spons. 5, 1 cst. 3. 5.

[30] Was Letzteres bedeute, ist sehr bestritten und nicht unzweifelhaft. Im Zweifel aber muß man es wörtlich nehmen, also wenn nachgewiesen werden kann, daß die Braut vom Bräutigam geküßt worden war. Cod. de don. ant. nupt. 5, 3 cst. 15. 16. Arndts § 413 Note d. e und Anm. 2.

[31] Das Recht muß sich damit begnügen, die bürgerliche Stellung der Ehegatten zu bestimmen und gröberen Auswüchsen entgegen zu treten, während in anderen Beziehungen (Liebe, gegenseitiges Tragen, Förderung des Glücks ꝛc.) das Verhältnis keiner juristischen Gestaltung fähig ist.

[32] Arndts § 225 Anm. 3 Lit. b.

ziehung auf Geſchlechtsumgang begründet[33]. Die Verletzung dieſer Treue durch Beiſchlaf mit einer anderen Perſon, der *Ehebruch*, iſt ein zuläſſiger Scheidungsgrund[34].

3) Das kanoniſche Recht hebt noch beſonders die Pflicht zum Beiſchlafe heraus[35], die (vorzugsweiſe) ſog. *eheliche Pflicht*.

4) Das *Haupt* des Hauſes iſt der *Mann*; er hat die Frau zu ſchirmen und zu ſchützen[36]. Die Frau iſt ihm Folgſamkeit ſchuldig und häusliche Dienſte, ſo weit es ihren Verhältniſſen angemeſſen iſt. Deßhalb iſt es ein Recht des Mannes, den gemeinſamen *Wohnſitz* zu beſtimmen; die Frau muß ihm, wenn er ihn ändert, folgen, ſollte er auch ihr das Gegentheil verſprochen haben[37]; außer wenn der Wohnſitz ihrer Ehre oder ihrer Geſundheit nachtheilig, oder an ihm das Fortkommen der Gatten nicht geſichert ſein würde. Weigert ſich die Frau ohne rechtfertigenden Grund, ihm zu folgen, ſo iſt ſie dazu nach unſerem Recht[38] auf die Klage des Mannes zu verurtheilen und kann durch Geld- oder Gefängnisſtrafe dazu angehalten werden; fruchten dieſe Nichts, ſo kann der Mann auf Scheidung klagen.

5) Die Herrſchaft des Mannes erſtreckt ſich nicht auch auf die *vermögensrechtliche* Verpflichtungsfähigkeit der Frau. Nach *römiſchem* Recht kann die Frau frei ohne allen Konſens des Mannes vermögensrechtliche Verbindlichkeiten eingehen. Von einem richtigeren Grundſatz dagegen ging das ältere *deutſche* Recht aus. Die Frau ſtand *unter* dem Manne auch in der Art, daß ſie zu verpflichtenden Geſchäften den Konſens ihres Mannes nöthig hatte. Dies hat ſich aber nur *partikularrechtlich* erhalten[39]. Nach gemeinem Recht gilt hierin das römiſche Recht[40].

6) Die Frau erhält durch die Ehe den *Familiennamen* des Mannes und nimmt an ſeinem *Stand*, Rang und Gerichtsſtand

---

[33] Nach *römiſchem* Recht bloß für die Frau, nach kanoniſchem und deutſchem Recht für beide Theile.

[34] Über Begriff und Beſtrafung des Ehebruchs ſ. das Strafrecht.

[35] Das römiſche Recht iſt nicht ſo roh bei Freiheit der Scheidung. Caus. 32 q. 2 c. 3. Caus. 33 q 5 c. 5.

[36] *Arndts* § 393 Note e.

[37] *Arndts* l. c. Note c. d. D. de cond. et dem. 35, 1 l. 71 § 2.

[38] Anders nach römiſchem Recht; hier war die Scheidung ſofort zuläſſig.

[39] Und auch da unter mannigfachen Modifikationen.

[40] S. unten § 233. — Über Verträge *zwiſchen* Ehegatten ſ. unten § 240.

Theil[41] und verliert dies auch nicht durch Trennung der Ehe, sondern nur, wenn sie sich wieder verheirathet.

7) Steht ein Ehegatte bei Eingehung der Ehe noch unter der väterlichen Gewalt, so bleibt er nach römischem Recht in derselben auch während der Ehe. Mit Recht ist dies aber anders nach (gemeinem) deutschem Recht. Die Tochter wird durch die Heirath (stets) von der väterlichen Gewalt frei, weil sie nun unter den Schutz des Mannes kommt; der Sohn wird es beinahe stets; denn wenn er heirathet, wird er beinahe immer einen selbständigen Hausstand gründen und im Wesentlichen aus eigenen Mitteln leben; dadurch aber wird er nach deutschem Recht von der väterlichen Gewalt frei[42].

8) Die Ehegatten haben auch ein gesetzliches Erbrecht an einander. Aber nach römischem Recht, welches hierin das gemeine Recht bildet, ist es sehr beschränkt[43]. Dagegen ist beinahe von allen deutschen Partikularrechten mit Recht dieses Erbrecht weit mehr ausgedehnt worden.

Alle diese Wirkungen treten natürlich nur ein bei einer wirklichen Ehe, d. h. bei einer gültigen, nicht auch bei einer nichtigen. Eine Ausnahme macht aber nach kanonischem und deutschem Recht der Fall, wenn die nichtige Ehe eine sog. Putativehe ist[44].

---

[41] Arndts l. c. Note c. Cod. de incolis 10, 39 cst. 10; D. de dign. 1, 9 l. 8; de jurisd. 2, 1 l. 19 pr.; ad municip. 50, 1 l. 22 § 1. l. 38 § 3. — Eine Ausnahme von diesem Grundsatz machen nur die Ehen zur linken Hand, die sich aber nur auf den hohen Adel beziehen. — Mißheirath ist namentlich vorhanden, wenn eine Person des hohen Adels, d. h. ein Mitglied eines regierenden Hauses oder eines früher reichsständischen und nun mediatisirten Hauses eine Person von niederem adligen oder von bürgerlichem Stande heirathet. Dies ist eine vollkommen gültige Ehe mit allen Wirkungen; nur nimmt die Frau nicht am Stand, Rang und Namen des Mannes Theil und die Kinder haben nicht den Geburtsstand des Vaters und tragen nicht seinen Familiennamen und succediren nicht in die Lehen, Stammgüter und Fideikommisse der Familie. Eine solche Ehe mit den angeführten beschränkten Wirkungen heißt eine Ehe zur linken Hand (matrimonium ad morganaticam s. ad legem Salicam), wenn bei einer Mißheirath jene beschränkten Wirkungen bei Eingehung der Ehe durch Vertrag festgestellt wurden (um jeden Zweifel auszuschließen). — S. auch Gerber Deutsches Privatrecht § 224.

[42] Arndts § 426 a. E. [43] S. Arndts § 480. 481.

[44] S. unten § 243.

Zweites Kapitel. Das eheliche Güterrecht.

Das gemeinrechtliche eheliche Güterverhältnis überhaupt*.

§ 233.

(Arndts § 394.)

Das innige Lebensverhältnis, welches durch die Ehe bezweckt wird, sollte auch eine gewisse rechtliche Einheit in den Vermögensverhältnissen der Ehegatten begründen. In sehr ausgedehnter aber einseitiger Weise war dies der Fall bei der römischen sog. strengen Ehe. Allein bei der freien (sog. laxen) Ehe[1] war das Güterverhältnis an sich ein völlig getrenntes. Das deutsche Recht dagegen ging von den ältesten Zeiten an von einem andern Princip aus, das dem Wesen der Ehe mehr entsprach. Nach demselben stand die Frau mit Allem, was sie hat, also auch ihr gesammtes Vermögen unter dem mundium (Vormundschaft), unter dem Schutz des Ehemanns und (eben deßhalb) unter seiner Herrschaft. Das Vermögen der Frau ist daher in seinen Händen und in seiner Verwaltung und so bestand äußerlich in der Ehe kein „gezweites Gut". Dies führte auf eine Gemeinsamkeit im ehelichen Güterverhältnis, die sich aber in den verschiedenen Partikularrechten in sehr verschiedener Weise weiter ausbildete; in manchen zu einer allgemeinen Gütergemeinschaft, in anderen zu einer partikulären, in anderen zu einem Verwaltungs- und Nießbrauchsrecht des Mannes am Vermögen der Frau ꝛc. Leider aber bildete sich auf dieser deutschen Grundlage ein gemeinrechtliches Güterrecht nicht aus, indem mit der Reception des römischen Rechts auch hier eine gemeinrechtliche germanische Entwickelung gehemmt wurde und das römische Recht an ihre Stelle trat. So haben wir daher das Resultat: das auf deutscher Grundlage beruhende Güterrecht der Ehegatten ist bloß partikularrechtlich. Als gemeines Recht

* Die Litteratur s. bei Arndts § 395 Anm. 1. Vgl. besonders die leider unvollendet gebliebene Schrift von J. Chr. Hasse Das Güterrecht der Ehegatten nach römischem Recht Bd. 1. 1824; Czyhlarz Das römische Dotalrecht (1870. 506 S.); Bechmann Das römische Dotalrecht, 2 Abth. (1863. 1867), eine Schrift aber, die neben vielem Guten manche Behauptungen enthält, denen nicht beizustimmen ist. — Glück Pandektenkomm. Bd. 24—26. Unbrauchbar ist das von Arndts angeführte Buch von Tigerström.

[1] Vgl. oben § 232 Lit. A Nr. I 1.

gilt also das römische Recht[2]. Freilich kommt dieses gemeine Recht in den wenigsten Ländern rein zur Anwendung, weil in den meisten partikularrechtliche Bestimmungen sich gebildet haben.

Zu beachten ist dabei, daß es den Gatten nach gemeinem Recht frei steht, durch Eheverträge vor oder während der Ehe festzusetzen, welches Güterverhältnis bei ihnen gelten soll[3]. Wenn sie aber eine solche Festsetzung nicht treffen, tritt das in ihrem Staate geltende partikuläre Güterrecht ein und so weit ein solches nicht besteht, in Ländern, in denen das gemeine Recht noch gilt, das römische Dotalrecht. Nach dem letzteren, also nach dem gemeinen Recht, tritt in den Vermögensverhältnissen der Gatten an sich eine Änderung nicht ein. Jeder Gatte behält das Vermögen (aktives und passives), das er vor der Ehe hatte. Was Jeder während der Ehe (z. B. durch Erbschaft) erwirbt, verbleibt ihm, und seine Schulden (die er vor oder während der Ehe kontrahirt) treffen ihn allein. Auch hat der Mann kein Recht auf Verwaltung und Benutzung des Vermögens der Frau. Aber er muß, als Haupt des Hauses, alle ehelichen Lasten bestreiten[4]; einen Beitrag hierzu kann er von der Frau rechtlich nicht ansprechen.

Um ihm aber das Tragen dieser ehelichen Lasten zu erleichtern, dazu diente das Institut der dos.

Die Frau kann aus ihrem Vermögen oder ein Dritter für die Frau aus seinem Vermögen dem Manne eine dos bestellen, d. h. einen Beitrag zur Bestreitung der ökonomischen Lasten der Ehe geben.

Diese dos geht in das Vermögen des Mannes über[5]. Aber nach Auflösung der Ehe muß er sie in der Regel wieder zurückgeben und zwar in der Regel an die Frau oder ihre Erben, so daß sein Gewinn aus der dos eben aus den Vortheilen oder Einkünften besteht, die er aus ihr während der Ehe zieht[6].

---

[2] Eichhorn Deutsches Privatrecht § 301. Windscheid Pand. § 491 Note 3.

[3] Es gilt daher in einer konkreten Ehe zunächst das Güterrecht, welches die Gatten unter sich festsetzen, so weit nicht das im betreffenden Staat bestehende Recht absolut gebietende Normen in dieser Hinsicht enthält.

[4] Matrimonii onera sustinet. Die ökonomischen Lasten der Ehe, also den ganzen Haushalt, den standesmäßigen Unterhalt der Familie, Erziehung und Ausstattung der Kinder ꝛc.

[5] Die Übertragung der dos in des Mannes Eigenthum war im alten römischen Recht um so nöthiger, als ja eine Tochter durch Heirath gar nicht sui iuris wurde, ihr also für die Ehe gar Nichts zu eigen gegeben werden konnte.

[6] Diese behält er für sich; eben daraus soll er die ehelichen Lasten bestreiten. — Cod. de iure dotium 5, 12 cst. 20.

Das Vermögen der Frau, das sie dem Manne nicht als dos bestellt, heißt bona paraphern a (Paraphernalgut). Mit diesem kann sie machen, was sie will (ohne Zustimmung des Mannes), der Mann kann Nichts davon ansprechen[7].

Hieraus erhellt, daß die dos für den Mann eine große pekuniäre Bedeutung hat, selbst wenn er eine reiche Frau heirathet[8].

Natur und Arten der dos.

§ 234.

(Arndts § 395.)

Die dos wird dem Manne der Ehe wegen gegeben, in Rücksicht auf den erweiterten Hausstand und auf den Aufwand, den die Ehe zur Folge hat und den zunächst er zu tragen hat[1]. Dies bildet ihren wesentlichen Gesichtspunkt. Daß nun aber deßhalb gerade Alles, was als dos gegeben wird, für den Mann unmittelbar Früchte bringend sein muß, ist nicht erforderlich, wenn es nur ein übertragbares Vermögensobjekt ist (und es ihm ins Vermögen übertragen wird). Denn auch unnütze Sachen können als dos gegeben werden, da ja auch durch sie das Vermögen des Mannes vermehrt wird, und der eheliche Aufwand, den man macht, sehr häufig auch auf Anschaffung von Unnützem sich erstreckt[2].

Zu dem Begriff der dos gehört aber nicht, daß sie nach Auflösung der Ehe in der Regel wieder herauszugeben ist. Dies ist zwar die Regel, aber nicht zur dos wesentlich[3]. Dos würde es auch sein, wenn der Besteller einer dos (voluntaria) bei der Bestellung verabreden würde, daß der Mann die dos nach Auflösung der Ehe behalten soll[4].

---

[7] Arndts § 412.

[8] Denn, wenn sie ihm aus ihrem Vermögen keine dos bestellt, so nützt ihm ihr Vermögen gar Nichts. Er muß alle ihre standesmäßigen Ausgaben und überhaupt alle Ehelasten bestreiten und kann von ihrem Vermögen gar Nichts dazu in Anspruch nehmen. Es ist ihr freier Wille, ihm eine dos zu bestellen.

[1] Sie ist eine Vermehrung des Vermögens des Mannes wegen der Ehelasten.

[2] Hiernach ist dos oder res uxoria Alles, was dem Ehemann an Vermögenswerth von seiner Frau, oder von einem Dritten gleichsam für die Frau, in Rücksicht auf die Ehe und als Beitrag zur Bestreitung des ehelichen Aufwandes gegeben, also zu diesem Zwecke dadurch sein Vermögen vermehrt wird. — Arndts l. c. Anm. 2 im Anf. — D. de iure dotium 23, 3 l. 56 § 1, l. 76 a. E.; Cod. e. t. 5, 12 cst. 20.

[3] Es ist daher der Begriff der dos, den Arndts l. c. giebt, und was er in der zweiten Hälfte der Anm. 2 (Beschränkung auf die Ehedauer) gegen Windscheid (vgl. Windscheid Pand. § 492) sagt, unrichtig.

[4] Dies verneint Arndts l. c. Anm. 2 u. § 400 Nr. 1. Nur fällt dann natürlich Das weg, was sonst über Herausgabe der dos gilt. Windscheid l. c. Note 1 a. E.

Viele überſetzen das Wort dos durch Heirathgut oder Brautſchatz, oder Mitgift, Ausſtattung; allein mit Unrecht. Denn dieſe Ausdrücke bedeuten eben überhaupt Das, was eine Frau zum Zweck der Ehe von Dritten, namentlich von ihren Eltern bekommt; mag damit die Abſicht verbunden ſein, daß es dem Manne als dos beſtellt werden ſoll oder nicht. Eine ſolche Ausſtattung kann der Frau auch ſo gegeben werden, daß ſie Paraphernalgut derſelben bilden ſoll. Auch kommen ſolche Ausſtattungen bei den beſonderen deutſchrechtlichen Güterverhältniſſen vor, wo ſie dann eben unter denſelben Grundſätzen ſtehen, unter denen überhaupt das Vermögen der Frau nach dem betreffenden Partikularrechte ſteht. Das der Frau in die Ehe Gegebene oder von ihr Beigebrachte iſt nur dann dos, wenn die Abſicht ausgedrückt iſt, es als dos zu geben[5].

Die dos iſt.

1) je nach dem der Geber zur Beſtellung geſetzlich verpflichtet iſt oder nicht, eine ſog. dos necessaria oder eine ſog. voluntaria[6].

2) nach der Perſon, aus deren Vermögen ſie beſtellt wird, eine dos profectitia[7], wenn der legitime Vater oder väterliche Großvater der Frau[8] ſie aus ſeinem Vermögen giebt; adventitia dagegen iſt ſie, wenn ſie von einer andern Perſon herrührt, ſei es von der Mutter oder andern Verwandten oder einem Dritten oder von der Frau ſelbſt[9].

3) Receptitia heißt die dos, wenn ein Dritter (der Vater oder ein anderer Dritter, nicht die Frau ſelbſt) die dos beſtellte und ſich dabei ausbedang, daß ſie nach Auflöſung der Ehe wieder an ihn (oder einen ſeiner Angehörigen) zurückfallen ſoll.

Die Beſtellung einer dos iſt keine Schenkung an den Mann; denn die Quellen gehen davon aus, daß der Mann die Frau dafür heirathe und dadurch Laſten übernehme[10]. Deßhalb kann die Frau

---

[5] Zu weit geht Windſcheid (Pand. § 494 Note 13), vgl. Arndts § 395 Anm. 7.

[6] Auch die dos, welche die Frau aus ihrem Vermögen beſtellt, iſt voluntaria, ſ. unten § 235.

[7] Römiſcher Kunſtausdruck.

[8] Mag die Tochter noch in natürlicher Gewalt ſtehen oder nicht.

[9] D. de iure dot. 23, 3 l. 5, beſonders pr., § 1. 9. 11.

[10] D. quae in fraud. cred. 42, 8 l. 25 § 1; de don. int. vir. 24, 1 l. 1 § 1.

aus ihrem Vermögen auch während der Ehe dem Manne gültig eine dos bestellen[11]. Dagegen ist die von einem Dritten bestellte dos voluntaria (wenn sie nicht bloß als receptitia gegeben wird) eine Schenkung an die Frau; denn eine solche dos wird eigentlich im Interesse der Frau bestellt, weil sie dadurch eher an den Mann kommt und eine solche dos nach Auflösung der Ehe an sie und ihre Erben fällt[12]. Nur gilt für diese Schenkung, wenn sie eine große ist, nicht die Vorschrift der Insinuation[13]; aber nur der Versprechende hat, wie bei jeder Schenkung, das beneficium competentiae[14].

Die Dotationspflicht.

§ 235.

(Arndts § 396)

Ob man eine dos bestellen will, ist in der Regel Sache des freien Willens (dos voluntaria). Auch die Frau kann nicht angehalten werden, aus ihrem Vermögen dem Manne eine dos zu bestellen[1]. Aber die Frau kann, wenn sie mittellos ist, von gewissen Personen verlangen, daß diese aus ihrem Vermögen für sie eine dos (dos necessaria) bestellen. Diese Personen sind: der legitime Vater der Frau, wenn sie auch nicht mehr in seiner Gewalt steht; ist dieser mittellos oder todt: ihr legitimer väterlicher Großvater; subsidiär auch ihre Mutter, diese aber nur, wenn sehr dringende Gründe vorliegen (ex magna et probabili causa), wohin namentlich auch gehören wird, wenn die Tochter arm, die Mutter aber sehr vermöglich ist[2]. Sonst kann die Frau von Niemandem[3] eine dos beanspruchen, namentlich nicht von ihren Geschwistern[4]. — Natürlich sind die Personen, welche eine dos necessaria zu bestellen haben, dazu nur verbunden, wenn die Frau nicht selbst genügend Vermögen hat; denn die

---

[11] Cod. de don. ante nupt. 5, 3 cst. 20 pr. (verbis: »quare enim«). Vgl. Windscheid Pand. § 492.

[12] Arndts § 395 Anm. 4. [13] Cod. de iure dot. 5, 12 cst. 31 pr.

[14] D. de iure dot. 23, 3 l. 33.

[1] Arndts l. c. Anm. 6. [2] Arndts l. c. Note b. c.

[3] Abgesehen natürlich von ausdrücklichem Versprechen.

[4] Letzteres ist mit Unrecht bestritten, s. Arndts l. c. Anm. 3 und besonders Hasse Güterrecht der Ehegatten S. 358 ff. Bangerow Pand. § 216. — Über Das, was Arndts unter Nr. 3 bei Note d anführt (die Verbindlichkeit des Verführers), s. unten § 256.

dos necessaria ſoll ja nur das Bedürfnis decken und der Frau das Heirathen erleichtern.

Übrigens iſt bei der Dotationspflicht wohl zu beachten, daß nicht der Ehemann von den genannten Aſcendenten der Frau eine dos necessaria anſprechen kann, ſondern nur die Frau gegen ſie eine Klage hat[5]. Will ſie eine dos nicht von ihnen fordern, ſo kann der Mann ſie nicht dazu durch eine Klage zwingen[6]. Wenn ſie aber die dos fordert und bekommt, ſo iſt ſie dann verbunden, das Empfangene dem Manne als dos zu beſtellen[7]. Der Mann kann nur dann gegen den dotationspflichtigen Aſcendenten der Frau klagen, wenn ihm vom Letzteren die dos verſprochen wurde oder wenn die Frau ihre Klage cedirt[8].

Die Beſtellung der dos.

§ 236.

(Arndts §§ 397—400.)

Die dos wird in Rückſicht auf die Ehe und auf den ehelichen Aufwand gegeben. Sie wird daher Dem beſtellt, der dieſen Aufwand zu tragen hat, alſo dem Ehemann[1]. Nach dem älteren römiſchen Recht aber fiel ſie, wenn der Mann noch in väterlicher Gewalt war, an ſeinen Hausvater, wie alle Erwerbungen eines Hauskindes, und dann hatte der Hausvater auch für die Ehelaſten und für Rückgabe der dos zu haften[2]. Nach dem neueſten römiſchen Recht dagegen wird ſie in einem ſolchen Falle peculium adventitium des Hausſohnes, kommt alſo in deſſen Eigenthum und der Hausvater bekommt nur an ihr den Nießbrauch, muß aber dafür auch die Ehelaſten tragen[3]. Ein ſolcher Fall aber kommt bei uns faſt nie vor, da bei uns ein Sohn, wenn er heirathet, höchſt ſelten noch in der väterlichen Gewalt bleibt[4].

Die Beſtellung der dos an den Mann geſchieht durch jede Handlung, durch welche das Vermögen des Mannes zum Zweck der Dotirung vermehrt wird. Dies kann geſchehen

---

[5] Arndts l. c. Anm. 5 u. 6. [6] Arndts l. c. Anm. 6 a. E.

[7] Vgl. unten § 236.

[8] In ſo fern iſt für ihn auch bei der dos necessaria ein beſonderes Verſprechen wichtig.

[1] D. de iure dotium 23, 3 l. 56 § 1. — Dadurch entſteht erſt eine dos.

[2] D. de iure dot. 23, 3 l. 72 § 1; Cod. sol. matr. 5, 18 cst. 10.

[3] Cod. de bon. quae lib. 6, 61 cst. 4; de rei ux. act. 5, 13 cst. 1 § 10.

[4] S. oben § 232 Lit. D Nr. 7.

1) durch sofortige Übertragung ihres Gegenstandes in sein Vermögen, durch Auszahlung derselben numeratione oder datione, sog. Real-Illation), also namentlich dadurch, daß die Sachen dem Manne tradirt, die Forderungen, die man ihm als dos geben will, ihm abgetreten werden[5].

2) durch promissio dotis, d. h. einen Vertrag mit dem Manne, also durch ein von ihm acceptirtes Versprechen der dos[6]. Im älteren römischen Recht war dazu in der Regel Stipulationsform nöthig, später aber reichte schon ein bloßes pactum zur Klagbarkeit des Versprechens hin[7]. — Durch eine solche promissio wird das Vermögen des Mannes wirklich vermehrt; denn er erhält damit eine klagbare Forderung auf den Betrag der dos an den Versprechenden.

3) Durch Vermächtnis (legato); wenn nämlich Jemand dem Ehemanne Etwas als dos vermacht, wodurch dann der Mann eine actio ex testamento auf Auszahlung der dos nach des Erblassers Tod gegen dessen Erben bekommt[8].

Wenn der eine dos Versprechende bei dem Versprechen nicht näher erklärt, was und wie viel er geben wolle, so ist das Versprechen unnütz, weil es seiner Unbestimmtheit wegen völlig eludirt werden könnte[9]. Nur dann, wenn der Versprechende erklärte, die dos solle nach seinem Ermessen bestimmt werden (was dahin ausgelegt wird, sie solle nach Billigkeit, arbitrio boni viri, bestimmt werden), oder wenn der zu einer dos necessaria Verpflichtete das unbestimmte Versprechen einer dos giebt, so gilt das Versprechen und es muß dann die dos bestimmt werden nach der Größe des Vermögens des Versprechenden und dem Stand und den Bedürfnissen des Ehemannes[10].

Eine dos kann bestellt werden vor oder während der Ehe[11]. Nur liegt dem Versprechen einer dos die stillschweigende Bedingung[12] zu Grunde, daß es zur Ehe kommen werde. Es wird

---

[5] Arndts § 398 und über das. Nr. 1 s. unten § 237.
[6] Arndts § 397. [7] Arndts l. c. Note 1 und Anm. 2.
[8] D. de iure dotium 23, 3 l. 48 § 1; de cond. et dem. 35, 1 l. 71 § 3.
[9] Cod. de dot. prom. 5, 11 cst. 1; Arndts § 397 Note d. e und Anm. 3.
[10] Cod. l. c. cst. 3; D. de iure dot. 23, 3 l. 60, l. 69 § 4.
[11] S. oben § 234 a. E.
[12] Voraussetzung (nicht Bedingung): wenn sofort durch datio die dos bestellt wird.

daher, wenn die Ehe nicht zu Stande kommt, die Bestellung rückgängig[13].

Rechte des Ehemannes an der dos während der Ehe.

§ 237.

(Arndts § 401—403.)

Von der Verschiedenheit der Gegenstände, welche als dos gegeben werden, hängt theils die Verschiedenheit der Rechte ab, die dem Mann an denselben zukommen, theils die wichtige Frage, Was zu leisten und herauszugeben ist, wenn, was die Regel ist[1], nach Auflösung der Ehe der Mann oder seine Erben die dos herauszugeben haben. Es ist daher auch diese Frage hier mit zu entwickeln.

Die dos gehört während der Ehe dem Mann, aber sie hat eine doppelte Beziehung; sie dient nicht bloß dem Vermögensinteresse des Mannes, sondern auch dem Interesse der Frau; denn die dos soll auch den anständigen Unterhalt der Familie sichern, an dem die Frau sehr betheiligt ist, und in der Regel nach Auflösung der Ehe der Frau oder ihren Erben zufallen. Sie bildet daher, obwohl sie dem Manne gehört, doch nach natürlicher Auffassung zugleich eine Art von Frauengut (res uxoria). In dieser natürlichen Auffassung sagen auch die römischen Juristen, die dos gehe zwar juristisch in das Vermögen des Mannes über, gehöre aber doch eigentlich der Frau, sei ein patrimonium derselben[2]. — Viele wollten daraus an den Dotalsachen ein doppeltes Eigenthum (eine Theilung desselben) herleiten, indem sie sagen, während der Ehe sei der Mann dominus civilis der dos, die Frau aber habe an ihr auch ein Eigenthum, aber nur ein dominium naturale sive dormiens[3]. Allein davon weiß das römische Recht in der That Nichts. Die Frau hat während der Ehe juristisch gar kein Eigenthum an den Dotalsachen, sondern allein der Mann.

---

[13] Über Nebenverträge bei der Bestellung der dos s. Arndts § 400; was aber Arndts daselbst unter Nr. 1 sagt, ist unrichtig, s. oben § 234; und was er unter Nr. 3 sagt, ist ungenau s. unten § 239.

[1] S. unten § 239.

[2] D. de iure dot. 23, 3 l. 75; de minor. 4, 4 l. 3 § 5. Auch Justinian spricht in Cod. de iure dotium 5, 12 cst. 30 (im Anf.) diese Auffassung aus.

[3] Vgl. Arndts § 404 Anm. 1.

Das Rechtsverhältnis bei der dos *während der Ehe* und die Frage, *was* der Mann seiner Zeit wieder zurückzugeben habe, bestimmt sich nach der Verschiedenheit des *Gegenstandes* der dos[4]. Es können namentlich dem Manne als dos gegeben werden:

A. *Sachen*, d. h. körperliche Dinge und zwar

1) vertretbare (*fungible*) Sachen, z. B. Geld, Lebensmittel. Von diesen Sachen kann man keinen vernünftigen Gebrauch machen, wenn man sie nicht verzehren (aufbrauchen) darf. Der Mann kann daher nicht verbunden sein, nach Auflösung der Ehe, dieselben Sachen, welche er empfing, in specie zurückzugeben. Er muß die Befugnis haben, sie zu verzehren, also ganz freier Eigenthümer derselben werden und giebt nach Auflösung der Ehe bloß *tantundem* zurück, d. h. eben so viel *andere* Sachen von *gleicher* Güte oder den Werth, den sie zur Zeit der Bestellung hatten. Er ist also in einem solchen Falle nicht debitor speciei, sondern debitor generis, trägt also auch die Gefahr der empfangenen Sache[5], muß z. B. wenn ihm das empfangene Geld abhanden gekommen, doch die (empfangene) Summe restituiren[6]. Sein Rechtsverhältnis ist in solchen Fällen ganz wie das eines quasi-Nießbrauchers.

B. Es können auch *nicht-fungible* (nicht-vertretbare Sachen, species) als dos gegeben werden (z. B. Hausrath, Pferde, Wagen, Grundstücke). Auch hier wird der Mann Eigenthümer, sobald die Sachen ihm tradirt sind[7]; vorausgesetzt, daß sie dem Besteller gehörten[8]. Der Mann hat

1) solche Sachen nach Auflösung der Ehe in der Regel (s. Nr. 5) *in natura* zurückzugeben. Er ist also debitor speciei. Hieraus folgt: er trägt *nicht* die Gefahr der Sachen[9]. Gehen sie daher bei ihm durch Zufall zu Grunde (z. B. Pferde), oder werden sie durch *ordnungsmäßigen* Gebrauch schlechter, so hat er hierfür nicht einzustehen. Er hat nur Ersatz zu geben, wenn er den Schaden ver-

---

[4] *Arndts* § 398. 401—411.

[5] *Arndts* § 274 Note e und Anm. 1.

[6] Alles dies erkennen auch die Quellen an. D. de iure dotium 23, 3 l. 42. *Arndts* § 406 Note a.

[7] *Arndts* § 401 Note a—c.

[8] Denn war dieser *nicht Eigenthümer*, so kann der Mann bloß *Usukapionsbesitz* daran haben (*Arndts* § 396 Note c).

[9] *Arndts* § 274 Note d und Anm. 1.

ſchuldete, wobei er aber bloß für die ſog. culpa levis in concreto haftet[10].

2) Sind dieſe (species) Dotalſachen bewegliche, ſo wird der Mann, ſobald ſie ihm tradirt ſind, ihr unbeſchränkter Eigenthümer. Er darf ſie daher auch frei veräußern. Veräußert er ſie, ſo hat er ſeiner Zeit eben den Werth, den ſie zur Zeit der Veräußerung hatten, zu zahlen[11].

3) Wenn unbewegliche Sachen (Grundſtücke) als dos gegeben wurden, ſo iſt[12] das Eigenthum des Mannes an denſelben ein beſchränktes in Beziehung auf Veräußerung[13]. Dotalgrundſtücke nämlich ſollten der Frau für den Fall der Auflöſung der Ehe (in natura) erhalten werden, weil ſie das ſicherſte und werthvollſte Gut ſind. Deßhalb darf der Mann ſie nicht veräußern, ſelbſt nicht[14] mit Einwilligung der Frau, weder ganz noch theilweiſe; er darf ſie alſo auch nicht verpfänden, noch andere iura in re, z. B. Servituten, Dritten daran einräumen[15]. Die Veräußerung des fundus iſt ihm nur erlaubt:

a. wenn die dos eine receptitia[16] iſt;

b. wenn die Veräußerung eine rechtlich nothwendige[17] iſt, z. B. wenn das Grundſtück vor der Beſtellung der dos an einen Dritten verpfändet war[18];

c. nach kanoniſchem Recht: wenn die Frau eidlich einwilligt[19].

Veräußert ſie der Mann in dieſen Fällen (a—c): ſo bildet der Erlös die dos[20].

Wenn er außer dieſen Fällen den fundus veräußert, ſo iſt die Veräußerung null und nichtig; das Eigenthum des vom Manne

---

[10] D. de iure dot. 23, 3 l. 10 pr. § 1, l. 17 pr. — Arndts § 401 Note f § 406 Note c—g.

[11] Es gilt dann von dieſem Werth das unter A Geſagte. — Cod. de iure dot. 5, 12 cst. 3.

[12] Hier gilt zwar auch das unter Nr. 1, nicht aber das unter 2 Geſagte.

[13] Dies führte die lex Iulia de adulteriis ein, aber nur bei praediis Italicis. Juſtinian aber dehnte es auf alle Grundſtücke aus. Arndts § 402 Anm. 1.

[14] Dies beſtimmte Juſtinian erſt. [15] Arndts § 402 Note b—f.

[16] S. oben § 233. Arndts § 402 Note k.

[17] Vgl. oben § 69 Beil. II Nr. II (Th. I S. 335).

[18] Arndts § 402 Note l.

[19] Arndts § 402 Note m und unten § 188 Beil.; über Arndts § 402 Nr. 1 (venditionis gratia) ſ. unten Nr. 5.

[20] Es gilt dann von dieſem Erlös das unter A Geſagte.

trabirten Grundstücks geht nicht auf den Empfänger über, sondern der Mann bleibt Eigenthümer und er kann das Grundstück vom Empfänger und jedem dritten Besitzer vindiciren[21].

Es giebt jedoch Fälle, in denen die Veräußerung konvalescirt, also rückwärts gültig wird, nämlich wenn und so weit die Frau Erbin des Mannes wird oder wenn und so weit[22] der Mann nach Auflösung der Ehe die dos behalten darf, oder wenn die Frau nach Auflösung der Ehe die Veräußerung genehmigt[23].

4) Die Früchte der (unter 1—3 genannten) Dotalsachen bekommt der Mann in sein bleibendes Eigenthum[24], muß aber auch die öffentlichen Abgaben, die auf der Sache liegen und die gewöhnlichen ordnungsmäßigen Reparaturen (wie ein Nießbraucher) tragen[25]. Machte er aber auf die Sachen einen bedeutenden außergewöhnlichen Aufwand, welcher zu ihrer Erhaltung oder Wiederherstellung nothwendig war, so mindert sich um den Betrag desselben die Summe Dessen, was er als dos zurückzugeben hat[26]. War aber der bedeutendere Aufwand, den der Mann auf Dotalsachen machte, nicht ein nothwendiger, so kann er nach Auflösung der Ehe von der Person, an welche er die dos herauszugeben hat, nur dann Ersatz verlangen, wenn er den Aufwand im Auftrag derselben machte, oder wenn der Aufwand ein solcher nützlicher war, den jeder negotiorum gestor ersetzt verlangen kann; war der Aufwand ein anderer, so hat er nur das ius tollendi[27].

Die Früchte der Dotalgrundstücke kann der Mann natürlich nur so weit ansprechen, als sie auf die Ehedauer fallen. Wurde ihm daher ein Grundstück schon vor Eingehung der Ehe zum Zweck der dos gegeben, so bilden die Früchte, die er aus ihm bis zu Eingehung der Ehe zieht, einen Theil der dos[28], den er mit der übrigen dos seiner Zeit (nach Auflösung der Ehe) restituiren muß; ebenso muß er die Früchte, die auf die Zeit nach Auflösung der Ehe fallen, mit der dos herausgeben[29]. Wird daher die Ehe im Laufe eines Fruchtjahrs

[21] Arndts § 402 Anm. 4. [22] S. unten § 239.
[23] Arndts § 402 Note n. o. Eine Ratihabition während der Ehe ist wirkungslos.
[24] Arndts § 407 Note b. [25] Arndts § 401 Note c.
[26] Arndts § 408 Note b—d. i.
[27] S. oben § 67 Beil. Nr. IV (Th. I S. 309). — Cod. de rei ux. act. 5, 13; cst. ult. § 5 (zweite Hälfte). Arndts § 408 Note f. g.
[28] Res dotales sunt. [29] Arndts § 407 Note c. d.

aufgelöst, so gebührt ihm nur ein verhältnismäßiger Theil von den Früchten dieses Jahres nach der Zeit, welche die Ehe in diesem Jahre dauerte[30].

Findet der Mann in der Dotalsache einen Schatz, so gehört ihm die Finderhälfte bleibend; die andere Hälfte aber, die dem Eigenthümer des Grundstücks zufällt, bildet einen Theil der dos, welchen er dann (nach den unter 1 und 2 ausgeführten Grundsätzen) seiner Zeit mit der dos restituiren muß[31].

5) Modificirt wird das (unter 1—4) Ausgeführte dann, wenn der Mann die Dotalsachen als res dotales aestimatae übernahm. Dieses ist der Fall, wenn zwischen der Person, welche die dos bestellte[32], und dem Ehemann verabredet wurde, daß die dos an ihn um einen bestimmten Preis in Geld verkauft sein soll; oder wenn die dos vom Besteller zu einem bestimmten Preis angeschlagen wird[33], und der Mann sie mit dieser Taxe annimmt. In dem letztern Fall wird im Zweifel angenommen, sie sei venditionis causa aestimata, d. h. der Mann habe sie als Käufer übernommen. Will er diese Annahme nicht gelten lassen, so muß er dagegen bei Übernahme taxirter Sachen eine Verwahrung aussprechen und dann gilt die Taxe nicht als venditionis causa facta, sondern bloß als taxationis causa facta, d. h. um überhaupt eben den Werth der dos zu konstatiren[34]. — Wenn aber der Mann auf die angegebene Weise Dotalsachen käuflich übernommen hatte, so bilden nicht die Sachen die dos, sondern nur der für sie festgesetzte Preis, die aestimatio; und das Verhältnis des Mannes ist dann ganz das eines Käufers der res aestimatae auf Kredit, nur daß er den Preis während der Ehe nicht zu verzinsen hat[35].

---

[30] Arndts § 407 Note d. Sehr bestritten ist es aber, wie die Früchte zu theilen sind, wenn die Ehe im Laufe eines Fruchtjahrs anfing und im Laufe eines andern Fruchtjahrs sich endigte (vgl. Arndts § 407 Anm.). Hier ist das den angeführten Grundsätzen Entsprechende, daß der Mann von den Früchten jeder dieser beiden Fruchtjahre so viele Zwölftheile an Werth derselben ansprechen kann, als wie viele Monate in dem betreffenden Fruchtjahr die Ehe dauerte. S. besonders auch gegen Das, was Arndts in der Anm. zu § 407 sagt, die Ausführung von Bangerow (7. Ausg.) § 220 Anm. 2.

[31] Arndts § 401 Note d. e. [32] Dies kann die Frau oder ein Dritter sein.

[33] Dos aestimata, res aestimatae.

[34] In diesem Falle bleibt es bei dem unter Nr. 1—4 Ausgeführten.

[35] Derselbe ist erst nach Auflösung der Ehe an die alsdann berechtigte Person zu zahlen. — Cod. de iure dot. 5, 12 cst. 5. 10. Arndts § 398. 399 a. E., § 406 Note b und Anm. 1.

Hieraus folgt dann: in einem solchen Falle wird der Mann unbeschränkter Eigenthümer der Sachen, sobald sie ihm tradirt sind, auch der Grundstücke und ihrer Accessionen, und kann sie frei veräußern[36]. Aber er trägt nun, wie überhaupt ein Käufer[37] die Gefahr der ästimirten Sachen (von Eingehung der Ehe an), d. h. wenn sie während oder nach Auflösung der Ehe durch Zufall untergehen oder durch Zufall oder ordnungsmäßigen Gebrauch verschlechtert werden, so muß er doch den ganzen Preis nach Auflösung der Ehe zahlen[38].

Es kann daher die Frau, oder wer sonst die dos zurückzufordern hat, nach Auflösung der Ehe nicht die Sachen selbst, sondern bloß die aestimatio fordern; doch macht hier Justinian eine Ausnahme. Wenn nämlich der Mann in Konkurs kommt und die Dotalsachen selbst etwa noch in seinen Händen sind (si extant), so kann die Frau auch diese ästimirten Sachen statt des Preises mit einer rei vindicatio fordern[39].

C. Es können auch unkörperliche Dinge (incorporalia) als dos bestellt werden[40], namentlich Forderungen, die dem Besteller der dos gegen Dritte zustehen, also Kapitalien (nomina). Hier geht dann (durch die Bestellung) die Forderung auf den Mann so über, wie auf einen Cessionar; er kann daher, wenn nicht das Gegentheil verabredet war, nach Belieben über sie disponiren. Kassirt er sie ein, so werden nun die Gegenstände, die der Schuldner zu zahlen hatte, dos[41]. Kassirt er sie (die Forderung) aber nicht ein, so tritt er eben nach Auflösung der Ehe das Kapital wieder an Den ab, der die dos zurückzufordern hat[42]. War aber der Schuldner inzwischen insolvent geworden (also das Kapital inanis), so haftet der Mann dafür nicht,

[36] Cod. de rei ux. act. 5, 13 cst. un § 15 (verbis: »licet enim ꝛc.).

[37] Vgl. Arndts § 302 Nr. 2.

[38] D. sol. matr. 24, 3 l. 51; de iure dotium 23, 3 l. 10 pr. l. 15. 18 l. 69 § 8; Cod. cst. un cit. § 9 in fine. Nur wenn ihm die ästimirten Sachen schon vor der Ehe tradirt werden und sie noch vor der Ehe durch Zufall zu Grunde gehen, so trägt er die Gefahr des Untergangs nicht (nur die der Deterioration), weil hier der Kauf ein durch Eingehung der Ehe bedingter ist und der Käufer die Gefahr nicht trägt, wenn die Sache pendente conditione untergeht. D. de iure dot. 23, 3 l. 10 § 4. Arndts § 399 a. E.

[39] Cod. de iure dot. 5, 12 cst. 30 im Anf.

[40] Arndts § 398 Nr. 2. 3; § 406 Nr. 3—5.

[41] Es treten dann die unter A u. B Nr. 1—4 ausgeführten Grundsätze, je nach der Verschiedenheit des Gegenstandes ein (Arndts § 406 Note 1).

[42] Arndts § 406 Note 1.

außer wenn er in der Einkassirung sich eine Nachlässigkeit zu Schulden kommen ließ, oder wenn er die Forderung venditionis causa übernommen hatte[43]. Schließt er über die Forderung mit dem Schuldner eine Novation ab, oder verfügt er sonst über dieselbe, z. B. verkauft er sie einem Dritten: so haftet er unbedingt für ihren Werth, d. h. er hat diesen nach Auflösung der Ehe zurückzugeben[44].

D. Die Frau kann auch ihr ganzes Vermögen dem Manne als dos bestellen[45]. Dadurch wird aber nicht eine Universalsuccession begründet, d. h. das Vermögen geht nicht auf den Mann als Einheit mit allen Schulden der Frau durch die Erklärung, daß sie es ihm als dos bestellt haben wolle, über, sondern er kann die zum Vermögen gehörigen Gegenstände nur als einzelne erwerben, d. h. die Frau muß die einzelnen körperlichen Dinge ihm tradiren und dadurch ihm das Eigenthum derselben übertragen und die einzelnen Kapitalien cediren[46]. Ihre Schulden aber kann sie natürlich nicht auch dem Manne übertragen[47]. Sie hat nur das Recht, von der von ihr bestellten dos so viel zurückzubehalten oder zurückzuverlangen, als zur Tilgung derjenigen Schulden nöthig ist, die sie bereits zur Zeit der Bestellung der dos hatte[48].

E. Wenn dem Mann eine Sache, die ihm als dos gegeben wurde, evincirt wird[49], z. B. es sich zeigt, daß dem Besteller die Sache, die er als dos gegeben, gar nicht gehörte und der wahre Eigenthümer sie dem Mann abfordert[50], so verlangt er Eviktionsleistung[51].

Verhältnis der Frau zur dos während der Ehe.

§ 238.

(Arndts § 404.)

Unmittelbare Rechte an der dos hat die Frau während der Ehe nicht[1]. Der Mann kann in der Regel[2] nicht einmal die dos oder

---

[43] Arndts § 406 Note m. n. und Anm. 4.
[44] Arndts l. c. Note o. [45] Cod. h. t. 5, 12 cst. 4.
[46] Es gelten dann je nach Verschiedenheit der Gegenstände die unter A—C ausgeführten Grundsätze.
[47] Diese bleiben auf ihr haften. [48] Arndts § 398 Note 1.
[49] Vgl. Arndts § 303.
[50] Arndts Civilistische Schriften I S. 479—490.
[51] S. Arndts § 403; Windscheid Pand. § 595 Nr. 2.
[1] Vgl. oben § 237 im Anf. [2] Vgl. Arndts § 404 Anm. 5.

einen Theil davon während der Ehe ihr in gültiger Weise (unentgeltlich) herausgeben oder ihr sonst durch Liberalität Rechte daran einräumen, weil dies eine ungültige Schenkung unter Ehegatten wäre; auch müßte er in einem solchen Falle, wenn dadurch die dos verschleudert würde, Demjenigen haften (auch der Frau), dem er die dos zu restituiren hat[3].

Nur das Recht kommt der Frau zu, daß sie, wenn der Mann verarmt oder sein Vermögen unsinnig zu vergeuden anfängt und er ihr keine Sicherheit wegen Herausgabe der dos bestellen kann, schon während der Ehe Herausgabe der dos verlangen kann. Aber dann muß sie die Einkünfte der dos zur Bestreitung der Ehelasten (Alimentation des Mannes und der Kinder ꝛc.) verwenden[4].

Schicksal der dos nach Auflösung der Ehe.

§ 239.

(Arndts §§ 405—411.)

I. Die nächste Frage ist: wer bekommt die dos[1]? Wenn bei Auflösung der Ehe die Frau nicht unter väterlicher Gewalt steht, was bei uns stets der Fall ist, so ist

1) Regel, daß die dos an die Frau oder ihre Erben herauszugeben ist, mag die Ehe durch den Tod des Mannes oder den der Frau aufgelöst werden[2]. Der Mann behält hiernach die dos nur dann und in so weit, in wie weit er Erbe der Frau wird.

---

[3] Arndts l. c. Note g u. h.

[4] Arndts § 404 Note e. f. § 409 Note a.

[1] In dieser Hinsicht gehört das Nähere über das ältere römische Recht, namentlich wie es zu den Zeiten der in den Digesten excerpirten klassischen Juristen bestand (vgl. Arndts § 405 Anm. 4 und unten § 240) in die Rechtsgeschichte. Justinian traf hierin wesentliche Änderungen (in Cod. de rei ux. act. 5, 13 cst. un.). Auch kommt die Bestimmung des römischen Rechts über den Fall, wenn die Frau bei Auflösung der Ehe noch in der väterlichen Gewalt gewesen ist (Arndts § 405 bei Note d. e u. g), nach unserem gemeinen Recht nicht mehr zur Anwendung, weil ein solcher Fall bei uns nicht mehr vorkommt, da eine verheirathete Frau bei uns nicht mehr in väterlicher Gewalt steht (vgl. oben § 232 Lit. D Nr. 7).

[2] Arndts § 405 Note c. f und Anm. 4. — Zwar behaupten Viele, wenn die Ehe durch der Frau Tod aufgelöst werde, und die dos eine profectitia sei: so falle sie nicht an die Erben der Frau, sondern an den Ascendenten, der die dos bestellte, wenn er die Trennung der Ehe erlebte (so auch Arndts § 405 bei Note g). Allein dies ist, wenn die Frau zur Zeit ihres Todes nicht mehr in väterlicher Gewalt stand, nicht richtig; in diesem Falle fällt auch die dos profectitia an die Erben der Frau. Cod. de rei ux. act. 5, 13 cst. un. § 11. 13 und besonders Francke im Arch. für civilistische Praxis Bd. XXVI S. 438—446. Bangerow Pand. § 220 Anm. 1 Nr. 2 Lit. aa S. 407.

2) Von der Regel (Nr. 1) aber giebt es folgende Ausnahmen:

a. die dos receptitia[3] kann der Besteller zurückfordern, wenn er (vor oder) bei der Bestellung (nicht wenn nach derselben) den Rückfall der dos an sich ausbedungen hat[4];

b. wenn die Ehe durch Scheidung getrennt wird und die Frau Schuld an der Scheidung ist, so verwirkt sie die dos an den Mann[5].

c. Wenn die Person, welche die dos bestellte (dies kann auch die Frau sein), im Ehevertrag dem Manne zugesagt hatte, daß die dos ihm verbleiben soll, so verbleibt sie ihm nach Auflösung der Ehe, aber nur dann, wenn durch den Tod der Frau die Ehe getrennt wurde[6].

d. In den Fällen von b und c bekommt der Mann, wenn Kinder aus der Ehe vorhanden sind, nur einen Kopftheil von der dos (in Eigenthum und) das Übrige fällt an die Kinder; der Mann aber erhält an den Kindestheilen Verwaltung und lebenslänglichen Nießbrauch[7].

II. Die Frage, was zurückzugeben ist, und welche Grundsätze über das Tragen der Gefahr der dos gelten[8], wurden schon oben entwickelt[9].

III. Die Rechtsmittel, mit welchen die Frau nach Auflösung der Ehe die dos zurückfordern kann, sind

1) eine persönliche Klage gegen den Mann oder seine Erben. Im älteren römischen Recht war die Klage der Frau eine (vererbliche) actio ex stipulatu, wenn der Mann ihr die Rückgabe der dos durch eine Stipulation ausdrücklich versprochen hatte. War Letzteres nicht der Fall, so war die Klage eine actio rei uxoriae sive de dote, die aber nicht vererblich war[10]. Wenn daher z. B. die Ehe

---

[3] S. oben § 234 Nr. 3.

[4] Dies gilt von der dos adventitia und profectitia. D. de pact. dot. 23, 4 l. 20 § 1, l. 7, l. 26 § 2; Cod. de rei ux. act. 5, 13 cst. un. § 13.

[5] S. Arndts § 416 Nr. 2 a. Vgl. indeß auch unten Lit. d.

[6] Sie fällt also nicht an die Erben des Mannes. Der überlebenden Frau soll sie nicht entzogen werden. D. de pact. dotal. 23, 4 l. 2, l. 12 pr.; Cod. de pact. conv. 5, 14 cst. 3. 6; Nov. 98 cap. 2; Arndts § 400 Note f.

[7] Nov. 98 cap. 1 vgl. mit Nov. 127 cap. 3. [8] Arndts § 406—408.

[9] S. oben § 237. — Über die Zeit der Rückgabe s. Arndts § 409. — Über den Beweis, der bei Rückforderung der dos zu führen ist, s. Arndts § 410 bei Note e—h. Über die (das.) bei Note h erwähnte exceptio non numeratae dotis gilt Das, was überhaupt über die exceptio non numeratae pecuniae (s. oben § 197) gilt, nur daß die Termine bei der dos andere sind.

[10] Arndts § 405 Anm. 4.

durch des Mannes Tod aufgelöst wurde, so hatte die Frau gegen seine Erben die actio rei uxoriae; starb sie aber noch vor Anstellung der Klage, so ging ihr Recht nicht auf ihre Erben über; diese konnten die dos nicht mehr von den Erben des Mannes fordern. Mit Recht aber änderte dies Justinian. Er schaffte die actio rei uxoriae ab und bestimmte, daß wenn der Mann auch nicht ausdrücklich die Rückgabe versprochen habe, doch stets mit einer actio ex stipulatu auf Rückgabe geklagt werden könne, und daß diese Klage vererblich sein solle, also nach der Frau Tode auch ihren Erben zukomme (und daß sie nach den Grundsätzen der bonae fidei actiones zu beurtheilen sei)[11].

2) Die dingliche actio hypothecaria. Denn Justinian ertheilte der Frau zur Sicherung ihrer Dotalforderung ein gesetzliches (stillschweigendes)[12] und zwar privilegirtes Pfandrecht[13] am ganzen Vermögen des Mannes, so daß sie, so weit sie nicht befriedigt wird, sich als Pfandgläubigerin an das ihr verhaftete Vermögen des Mannes halten kann[14].

3) Außerdem begünstigte Justinian[15] die Frau noch dahin, daß das Eigenthum, welches dem Manne an den Dotalsachen zusteht (selbst das an den Sachen, die er ästimirt übernommen hatte, wenn die Ästimation nicht bezahlt wird) sofort mit der Auflösung der Ehe von selbst (ex nunc) durch einen sog. transitus legalis an die Frau fällt, so daß sie diese Sachen mit der rei vindicatio fordern kann, was ihr namentlich bei einem Konkurs des Mannes von großer Wichtigkeit ist[16].

Natürlich aber kann das Eigenthum an diesen Sachen nur an sie fallen, wenn es dem Manne wirklich noch zur Zeit der Auflösung der Ehe zustand. Hieraus folgt, daß, wenn der Mann bewegliche Dotalsachen veräußert hatte, das Eigenthum an diesen nicht an die Frau fallen kann, weil er zur Veräußerung (der beweglichen Sachen) befugt war; sie kann dann nur den Werth dieser Sachen[17] mit der persönlichen actio ex stipulatu vom Manne fordern; hatte er aber

[11] Cod. de rei ux. act. 5, 13 cst. un. § 1—4; I. de act. 4, 6 § 29. Arndts § 410 Anm. 2 und Note b ff.

[12] Im Gegensatz zu einem durch Vertrag bestellten Pfandrecht.

[13] Für sie und ihre Erben, wenn diese ihre Kinder sind.

[14] Vgl. Arndts § 373 Anm. 3 Lit. g und § 385 Nr. 2; § 411 Anm. 1.

[15] Cod. de iure dot. 5, 12 cst. 30.

[16] Vgl. oben § 68 Beil. II Nr. III letzter Abs. (Th. I S. 322).

[17] Nach dem oben § 237 Lit. B Nr. 2 Ausgeführten.

ein Dotalgrundstück veräußert, so blieb er (wegen der Ungültigkeit solcher Veräußerungen) Eigenthümer desselben [18] und dieses Eigenthum fällt nun an die Frau und sie kann es von jedem dritten Besitzer vindiciren [19].

Propter nuptias donatio.

§ 240.

(Arndts § 413.)

Das Institut der donatio propter nuptias entwickelte sich erst nach den Zeiten des klassischen römischen Rechts unter den christlichen Kaisern durch Gewohnheitsrecht und wurde dann durch einzelne Konstitutionen, besonders Justinians, näher bestimmt [1].

Sie ist eine Schenkung, die der Mann oder ein Dritter für ihn an die Frau in Rücksicht auf die empfangene dos hauptsächlich für Fälle der Auflösung der Ehe macht.

Der Gedanke, welcher dem Institut zu Grund liegt, war, die Stellung der Gatten dadurch mehr auszugleichen, daß der Frau an einer solchen donatio in gewisser Beziehung ähnliche Vortheile eingeräumt werden, wie sie der Mann in Beziehung auf die dos genießt, namentlich für den Fall der willkürlichen Ehescheidung. Deßhalb heißt sie auch antipherna oder contrados. Vor Justinian hieß sie ante nuptias donatio, weil sie vor der Ehe geschehen mußte, wegen der Ungültigkeit der Schenkungen zwischen Ehegatten. Justinian aber gestattete sie auch während der Ehe und gab ihr deßhalb den Namen propter nuptias donatio.

Die Grundsätze über sie gehen dahin:

1) Die donatio propter nuptias läßt sich so wenig ohne Ehe denken, als die dos; kommt es daher nicht zur Ehe, so fällt die donatio propter nuptias zusammen [2].

2) Bestellen kann die donatio propter nuptias der Mann oder eine dritte Person aus ihrem Vermögen für denselben. Auch kann der Mann, wenn er unvermöglich ist, von seinem legitimen Vater die Aussetzung einer solchen donatio ansprechen [3]. Sie darf aber nie

---

[18] Vgl. oben § 237 Lit. B Nr. 3.
[19] Cod. cit. 30 cit.
[1] Vgl. I. de don. 2, 7 § 3.
[2] I. l. c.
[3] Cod. de dot. prom. 5, 11 cst. 7 (in der Mitte).

größer sein, als die dos, welche der Mann von der Frau (oder von einem Dritten für sie) bekommt, und für den Fall der Auflösung der Ehe dürfen der Frau durch Ehepakten nicht mehr Rechte an der donatio propter nuptias eingeräumt werden, als dem Manne für diesen Fall an der dos eingeräumt sind[4].

3) Während der Ehe gehört die donatio propter nuptias dem Manne; nur darf er die dazu gehörigen Immobilien nicht veräußern, außer die Frau willigte ein und wiederholte nach 2 Jahren die Einwilligung[5]. Wenn er jedoch während der Ehe verarmt, so kann die Frau die donatio herausverlangen und verwalten; sie muß jedoch die Einkünfte zu Bestreitung der Ehelasten verwenden[6].

4) Wird die Ehe aufgelöst und zwar

a. durch Scheidung, an welcher der Mann Schuld ist, so bekommt die Frau nicht nur ihre dos, sondern auch die donatio propter nuptias[7];

b. durch Scheidung, an welcher die Frau Schuld ist, oder durch den Tod der Frau, so verbleibt die donatio propter nuptias dem Manne und sie verwirkt bei der Scheidung auch ihre dos an den Mann[8];

c. durch des Mannes Tod; hier bekommt die Frau mit den Kindern aus der Ehe die donatio propter nuptias, wenn in den Ehepakten dem Manne die dos für den Fall der Trennung der Ehe durch den Tod der Frau zugesagt war[9].

Das ganze Institut aber ist in dieser Gestaltung in unser Rechtsleben nicht übergegangen[10]. Doch hat man bei uns aus dem Recht des unvermöglichen Sohnes, von seinem legitimen Vater eine donatio propter nuptias für seine Frau zu verlangen[11], mit Recht hergeleitet, daß bei uns überhaupt der unvermögliche Sohn, wenn er heirathet, von seinem legitimen Vater eine angemessene Ausstattung

---

[4] Cod. l. c. und de don. pr. n. 5, 3 cst. 20; Nov. 22 c. 20; Nov. 97 c. 1. 2.
[5] Nov. 61 c. 1. [6] Cod. de iure dot. 5, 12 cap. 29; Nov. 61 cit.
[7] Cod. de repud. 5, 17 cst. 8 § 5; Nov. 117 cap. 9 § 4. 5; cap. 10. 13.
[8] Cod. h. t. 5, 3 cst. 18; Nov. 22 cap. 20 § 1.
[9] Cod. de pact. conv. 5, 4 cst. 9; Nov. 117 cit. und Nov. 127 cap. 3. Wenn aber Kinder aus der Ehe da sind, so bekommt die Frau nur einen Kopftheil von der donatio ins Eigenthum; das Übrige fällt an die Kinder, nur hat die Frau an ihren Theilen lebenslänglichen Nießbrauch und Verwaltung.
[10] Übrigens kommen ähnliche Institute vielfach in unseren Partikularrechten vor; unter den Namen: Gegengeld, Widerlage, Gegensteuer, Dransatz. Hierüber gehört das Nähere in das deutsche Privatrecht und betreffende Partikularrecht.
[11] Cod. de dot. prom. 5, 11 cst. 9 (verbis: »neque enim leges« ꝛc.).

anſprechen kann, nur in geringerem Maße, als die Tochter, weil der Sohn in der Regel eine koſtſpieligere Erziehung und dadurch ſein Hauptkapital für ſeinen Unterhalt bekam.

Rechtsgeſchäfte, insbeſondere Schenkungen.

§ 241.

(Arndts § 414.)

Die Ehegatten ſind durch das Eheband nicht gehindert, gültige Rechtsgeſchäfte mit einander zu ſchließen, z. B. Kauf, Tauſch, Darlehn u. dergl.[1]. Sie können auch während der Ehe durch Eheverträge (pacta dotalia sive nuptialia) ihr eheliches Güterrecht feſtſetzen[2]. Bloß eine Klaſſe von Rechtsgeſchäften iſt in der Regel zwiſchen ihnen unzuläſſig, nämlich Schenkungen, weil dadurch der reine Charakter der Ehe getrübt und die Ehe eigennützig mißbraucht werden könnte. Deßhalb gilt über dieſe Folgendes:

I. Schenkungen zwiſchen Ehegatten ſind in der Regel null und nichtig, haben alſo gar keine rechtliche Wirkung[3]. Wenn daher der Gatte Sachen, die ihm gehören, ſeiner Gattin ſchenkt und übergiebt, ſo geht das Eigenthum nicht auf den Empfänger über; der Schenker bleibt Eigenthümer und kann die Sachen vom Beſchenkten[4] und jedem dritten Beſitzer mit der rei vindicatio zurückfordern[5]; wobei er aber natürlich ſein Eigenthum an den Sachen beweiſen muß. Daraus folgt auch, daß wenn der Schenker bei ſeinen Lebzeiten in Konkurs kommt, ſeine Gläubiger aus ſolchen Geſchenken Befriedigung verlangen können (ſo weit der Schenker ſie zurückfordern könnte), weil das nichtige Geſchenk im Vermögen des Schenkers geblieben iſt.

Vom Beſchenkten aber und deſſen Erben kann der Schenker das Geſchenk auch mit einer perſönlichen Klage fordern, bei der er das Eigenthum an der Sache nicht zu beweiſen hat, und zwar mit der actio ad exhibendum, wenn ſie (der Beſchenkte oder ſein Erbe) den Gegenſtand noch haben, oder mit einer condictio sine causa auf den

---

[1] Dieſe ſind dann nach den gewöhnlichen Grundſätzen zu beurtheilen.

[2] S. oben § 233; ferner über Beſtellung einer dos paciscirea; nur daß ſie dabei an die bezügliche Beſchränkung (ſ. Arndts § 400) gebunden ſind.

[3] S. Arndts l. c. Anm. 2 (im Anf.) und Note e—g.

[4] Wenn der beſchenkte Gatte der Beklagte iſt: mit Abzug aller impensae.

[5] D. de don. int. vir. 24, 1 l. 3 § 10, l. 4 § 18, l. 31 § 2, l. 36 pr.

Werth, wenn das Geschenk verzehrt ist[6]. Aber diese persönliche Klage (gegen den beschenkten Gatten oder dessen Erben) ist sehr beschränkt; denn sie geht bloß so weit, als der Beschenkte oder sein Erbe noch bereichert ist, d. h. sie können nur belangt werden auf Das, was sie vom Geschenk noch haben und auf den Betrag Dessen, um was sie durch das Geschenk zur Zeit der Anforderung noch bereichert sind. Wenn daher z. B. der Beschenkte das Geschenk verschleuderte, verlor oder verzehrte ꝛc. und Nichts mehr davon oder dadurch hat, so braucht er Nichts zu ersetzen; auch kann er allen Aufwand, den er auf die Sache gemacht hatte, selbst den unnöthigen, von Dem abziehen, was er herauszugeben hat[7]. — In die Bereicherung aber sind dem Beschenkten die Früchte nicht einzurechnen, welche er durch seinen Fleiß aus den Grundstücken zog (industriales) oder durch Vermiethung oder Verpachtung der geschenkten Sache gewonnen hat[8].

Wenn der Beschenkte mit dem geschenkten Gelde sich Sachen kaufte: so kann der Schenker diese Sachen nicht vindiciren, weil er ja an diesen nicht Eigenthümer ist[9]. Allein die Quellen machen von diesem Grundsatz hier ganz entschieden eine Ausnahme für den Fall, wenn die Sachen noch in den Händen des Beschenkten sind und er insolvent geworden ist. Hier kann der Schenker mit einer rei vindicatio utilis jene Sachen fordern[10], was im Konkurs sehr wichtig ist, da er als Vindikant nun allen Gläubigern vorgeht[11].

Specificirt der Beschenkte die Sache (z. B. die Frau macht aus der geschenkten Wolle ein Kleid): so erwirbt er allerdings dadurch das Eigenthum der Sache. Allein auch hier geben die Quellen dem Schenker gegen ihn die rei vindicatio utilis[12].

Natürlich muß der Ehegatte, welcher das seinem Gatten gemachte

---

[6] Arndts l. c. Note h. i.

[7] D. h. t. l. 5 § 18; l. 6, l. 7 pr. § 3; l. 28 pr. § 3 u. 4, l. 37. Vgl. auch (über Arndts Anm. 3) oben § 136 Beil. Lit. C.

[8] Arndts l. c. Note k. l.

[9] D. h. t. l. 7 pr. § 3, l. 28 § 3. 4.

[10] Wenn die Konkursgläubiger ihm nicht den Werth der Bereicherung zahlen wollen. D. h. t. l. 55 a. E.

[11] Viele wollen zwar dieses Recht bloß der schenkenden Frau geben, weil die l. 55 bloß von dem Fall eines von der Frau gegebenen Geschenks spricht. Allein das gleiche Recht muß auch dem schenkenden Manne gegeben werden. Denn aus der ganzen Fassung der l. 55 erhellt, daß hier von einem Frauenvorrecht nicht die Rede ist, sondern die Stelle den Grundsatz nur an einem Beispiel erörtern will und hier den Mann als den beschenkten Theil fingirt, weil Männer häufiger in Konkurs kommen, als Frauen.

[12] D. h. t. l. 29 § 1, l. 30.

Geschenk zurückfordern will, beweisen, was er gegeben hat und daß es als Geschenk gegeben wurde. In diesem Beweise ist der Ehemann der Frau gegenüber durch die praesumtio Muciana sehr begünstigt[13].

Die ausgeführten Bestimmungen über Schenkungen zwischen Ehegatten mußten im frühern römischen Recht (über väterliche Gewalt) noch sehr ausgedehnt werden[14], weil sie sonst leicht hätten umgangen werden können. Allein diese Ausdehnung muß sich nach dem neuesten römischen Recht und bei uns wesentlich ändern, theils weil die Ehefrau bei uns nicht mehr in väterlicher Gewalt steht, theils wegen der ganz geänderten Vermögensverhältnisse der durch väterliche Gewalt Verbundenen[15].

II. Der Grundsatz unter Nr. I. ist bedeutend gemildert durch ein Senatuskonsult unter Septimius Severus und Caracalla[16]. Eine vollzogene Schenkung nämlich konvalescirt, d. h. wird rückwärts gültig, wenn der Schenker ohne das Geschenk widerrufen zu haben, in der Ehe stirbt, also entweder vor dem Beschenkten oder zugleich mit ihm[17].

Diese Konvaleszenz tritt also nicht ein, sondern das Geschenk bleibt ungültig in folgenden Fällen:

1) wenn der Beschenkte vor dem Schenker stirbt[18];

2) wenn die Ehe durch Scheidung getrennt wird, außer im Fall von Nr. III 6[19].

Doch wird in diesen beiden Fällen (unter Nr. 1 und 2) die

---

[13] S. unten § 243. [14] S. Arndts l. c. Anm. 1.

[15] Z. B. wenn die Ehegatten ein Kind haben, das in der Gewalt seines Vaters, des Ehemannes, steht, und die Frau macht diesem ihrem Kinde ein Geschenk, so müßte nach dem älteren römischen Recht das Geschenk nichtig sein, weil es nichts Anderes wäre, als ein Geschenk an ihren Ehemann, da ja Alles, was ein Hauskind erwarb, dem Hausvater gehörte; also jenes Geschenk dem Ehemann zufallen würde. Nach dem neuesten römischen Recht aber und bei uns ist eine solche Schenkung gültig, weil jene Prämisse weggefallen ist, d. h. weil Das, was ein Hauskind (von Anderen) erwirbt, nicht mehr an den Hausvater fällt; ein solches Geschenk gehört eben nun zu dem sog. peculium adventitium des Kindes und zwar zum irregulare, da der Vater Nichts aus dem Geschenk gewinnen, also auch nicht den Nießbrauch daran bekommen kann.

[16] Oratio Antonini, 198 v. Chr.

[17] Arndts l. c. Anm. 4 und Note m. o. D. h. t. l. 32 pr. § 1—3, § 13. 14. 23; Cod. h. t. 5, 16 cst. 25 a. E.; sie gilt als im Augenblick des Todes wiederholt und daher für die Zeit nach dem Tode gemacht (Windscheid § 509).

[18] D. h. t. l. 32 § 14; Cod. h. t. 5, 16 cst. 6. Denn es ist nicht anzunehmen, daß der Schenker den Erben des Beschenkten das Geschenk lassen will.

[19] D. h. t. l. 32 § 10; Cod. h. t. 5, 16 cst. 18; Glück Komment. Bd. XXVI 140 f.

Schenkung gültig, wenn der Schenker nach dem Tode des Beſchenkten oder nach der Scheidung ſie ausdrücklich gut heißt[20].

3) Wenn der Schenker auf irgend eine Weiſe vor ſeinem Tod erklärt, daß er die Schenkung widerrufe (poenitere), ſei es ausdrücklich oder ſtillſchweigend, z. B. dadurch, daß er die geſchenkte Sache ſpäter an einen Andern veräußert, einem Dritten vermacht, oder ſie in der Abſicht des Widerrufs verpfändet[21].

4) Wenn er das Geſchenk bloß verſprochen, aber nicht ausbezahlt hatte[22].

5) Wenn das Geſchenk ſchon aus anderen Gründen, als bloß der Ehe wegen, ungültig iſt. Denn die Konvaleſcenz bezieht ſich bloß auf Fälle, in welchen lediglich das Gattenverhältnis des Schenkenden der Ungültigkeitsgrund der Schenkung iſt[23].

III. Von dieſen Grundſätzen aber machen einige Schenkungen zwiſchen Ehegatten eine Ausnahme. Bei ihnen iſt das Gattenverhältnis kein Hindernis der Gültigkeit der Schenkung; ſie ſind daher ſchon von Anfang an gültig und bindend; natürlich vorausgeſetzt, daß bei ihnen an den allgemeinen Erforderniſſen einer gültigen Schenkung kein Mangel vorliegt. Dieſe Fälle ſind:

1) Geſchenke zwiſchen dem Regenten und ſeiner Gemahlin[24];

2) Gelegenheitsgeſchenke, wenn ſie nicht im Mißverhältnis zum Vermögen der Gatten ſtehen[25];

3) Geſchenke zur Wiederherſtellung eines abgebrannten Gebäudes[26];

4) Geſchenke, durch welche der Beſchenkte nicht an Vermögen bereichert wird, z. B. zur Erlangung einer Würde oder eines Titels[27];

---

[20] D. h. t. l. 32 § 10.

[21] D. h. t. l. 32 § 3—5; Cod. h. t. cst. 12. — Im Zweifel aber ſoll gegen die Annahme eines Widerrufs entſchieden werden (l. 32 cit. § 4).

[22] D. h. t. l. 23, l. 32 § 2. Letzteres aber iſt ſehr beſtritten. Arndts l. c. Anm. 4.

[23] Wenn daher z. B. die Frau ihrem Manne 1400 Dukaten ſchenkt und vor ihm ſtirbt ohne das Geſchenk widerrufen zu haben, ſie aber das Geſchenk bei Gericht nicht inſinuirt hatte, ſo wird es nun zwar rückwärts gültig, aber nur bis zum Betrag von 500 Dukaten; die anderen 900 können die Erben der Frau zurückfordern, weil die Schenkung, ſo weit ſie 500 Dukaten überſteigt, wegen mangelnder Inſinuation ſchon an ſich nichtig iſt. Arndts l. c. Note o. Vgl. § 84 Beil. I Nr. II 3 (Th. I S. 430).

[24] Arndts l. c. Anm. 1 a. E. [25] D. h. t. 24, 1 l. 31 § 8.

[26] D. h. t. l. 14.

[27] D. l. c. l. 5 § 8—12; l. 7 § 1; l. 31 § 9, 10; l. 40—42.

5) Wenn die Gatten einander gleich viel ſchenken; hier ſind beide Geſchenke gültig; ſollte auch der Eine das Empfangene verſchleudern [28];

6) Wenn die Wirkſamkeit der Schenkung erſt nach Auflöſung der Ehe eintreten ſoll. Deßhalb iſt gültig eine mortis causa donatio unter Ehegatten [29]; ferner ein Geſchenk, das ein Gatte ausdrücklich für den Fall einer bevorſtehenden Eheſcheidung macht und die Scheidung erfolgt [30].

Delikte zwiſchen Ehegatten.

§ 242.

(Arndts § 415.)

Nach römiſchem Recht durften Ehegatten gegen einander nicht eine infamirende Klage (z. B. actio doli) anſtellen [1]. Dies fällt bei uns weg, weil es nach unſerem Recht überhaupt eine infamirende Klage nicht mehr giebt [2].

Ob und in wie weit Ehegatten wegen Verbrechen, die ſie gegen einander begehen, beſtraft werden können [3], darüber gehört das Nähere in das Strafrecht. In der Regel iſt die Frage der Strafbarkeit zu bejahen; doch giebt es einige Ausnahmen, namentlich wurden Entwendungen zwiſchen Ehegatten nach römiſchem Recht nicht beſtraft und ſind auch nach unſerem jetzigen Recht ſtraflos.

Dagegen ſind zwiſchen Ehegatten reiperſekutoriſche Klagen aus Delikten, d. h. Klagen auf Zurückgabe des Entzogenen und auf Erſatz des zugefügten Schadens durchaus zuläſſig, ſo namentlich auch bei Entwendungen die condictio furtiva [4].

---

[28] D. h. t. l. 7 § 2 l. 67. [29] D. h. t. l. 9 § 2, l. 10.
[30] D. l. c. l. 11 § 11, l. 12, l. 35, l. 60 § 1, l. 65.
[1] Cod. de iure dot. 5, 12 cst. 1 a. E.
[2] Vgl. oben § 45 (Th. I S. 211).
[3] Privat- oder öffentliche Strafe.
[4] S. des Näheren die Lehre von den Delikten im Obligationenrecht. Die actio rerum amotarum aber, von welcher Arndts in § 415 handelt, iſt unpraktiſch, da auch in ihren Fällen die condictio furtiva zuläſſig und völlig ausreichend iſt. S. beſonders Windſcheid Pand. § 454 Note 24.

Rechtsverhältnis nach Trennung der Ehe.

§ 243.

(Arndts § 416.)

Es ist hier zu unterscheiden:

I. Trennung einer gültigen Ehe. Diese erfolgt durch den Tod eines Gatten und kann auch geschehen durch Scheidung. Nach einer solchen Trennung nimmt nun eben jeder Theil sein Vermögen an sich; die Frau oder ihre Erben das Paraphernalgut, der Mann oder sein Erbe Alles, was er bei Eingehung der Ehe hatte und während der Ehe erwarb[1]. Entsteht bei dieser Ausscheidung Streit darüber, ob gewisse Sachen der Frau oder ob sie dem Manne gehören, so entscheidet die dem Manne sehr günstige praesumtio Muciana[2], nach welcher im Zweifel anzunehmen ist, daß Das, was in den Händen der Frau sich während der Ehe oder bei Auflösung derselben befinde, von ihrem Manne ihr geschenkt worden sei[3], wenn sie oder ihr Erbe nicht nachweisen kann, daß sie die betreffenden Gegenstände in die Ehe gebracht oder während der Ehe auf andere gültige Weise erworben habe, z. B. von den Ihrigen geerbt oder von Dritten erhalten oder vom Manne gekauft habe[4]. Es ist daher einer Frau sehr zu rathen, sich den Beweis ihres Vermögens zu sichern und Das kann sie am besten dadurch, daß sie ein Inventar ihres Paraphernalvermögens (einen rerum libellus) macht und sich es vom Mann unterschreiben läßt[5].

Die Gründe, durch welche die Ehe getrennt wird, Tod oder Scheidung, äußern in vermögensrechtlicher Hinsicht noch einen besonderen Einfluß. Denn wenn die Ehe durch den Tod eines Gatten getrennt wird, so kann nun das gesetzliche Erbrecht des überlebenden Gatten zur Anwendung kommen, das freilich nach gemeinem Recht sehr beschränkt ist[6]. Auch kann nach Umständen durch den Tod eines Gatten eine Schenkung zwischen den Gatten konvalesciren[7].

---

[1] Wie es mit der dos geht, s. oben § 239.

[2] Quintus Mucius Scaevola lebte zu Cicero's Zeit.

[3] Somit nach dem oben in § 241 Ausgeführten zu behandeln sei.

[4] Arndts § 412 Anm. 2. — D. de don. int. vir. 24, 1 l. 51; Cod. e. t. 5, 16 cst. 6 a. E. Vgl. Tenge im Archiv für civilistische Praxis Bd. XLV S. 305. Windscheid Pand. § 509 Nr. 5.

[5] D. de iure dot. 23, 3 l. 9 § 3 (verbis: »plane si« ꝛc.).

[6] S. oben § 232 Lit. D Nr. 8. [7] S. oben § 241 Nr. II.

Bei der Trennung durch Scheidung ist zu unterscheiden:

1) Nach römischem Recht stand die Scheidung ganz im Belieben der Gatten. Die Ehe konnte durch Übereinkunft der Gatten oder auch von einem Gatten einseitig ohne alle Konkurrenz des Gerichts getrennt werden. Aber die christlichen Imperatoren suchten wenigstens indirekt willkürlichen Scheidungen entgegenzuwirken; sie wurden kriminell bestraft[8]. Wenn aber ein Gatte durch die Schuld des andern (z. B. Ehebruch) gerechten Grund zur Scheidung hatte und deßhalb sich schied, traten für den letzteren folgende Privatstrafen ein.

Die Frau, wenn sie die Schuldige war, verwirkte die dos und wenn keine bestellt war, den vierten Theil ihres Vermögens an den Mann und an die Kinder aus der Ehe[9].

War der Mann der Schuldige, so mußte er nicht nur jedenfalls die dos herausgeben, sondern er verwirkte noch seine donatio propter nuptias[10] und wenn keine bestellt war, den vierten Theil seines ganzen Vermögens in gleicher Weise an Frau und Kinder[11].

2) Bei uns (nach deutschem Recht) kann niemals das Eheband durch einen Privatakt der Gatten getrennt werden. Es fallen daher die Kriminalstrafen weg, welche das römische Recht auf willkürliche Scheidungen gesetzt hatte, weil solche Scheidungen bei uns gar nicht möglich sind[12]. Bei uns kann eine Scheidung nur wegen bestimmter durch Gesetz oder Gewohnheitsrecht gebilligter Gründe von dem Gericht auf Klage eines Gatten verhängt werden[13]. Wenn aber durch ein solches Erkenntnis die Ehe geschieden wird, so hat auch bei uns der Geschiedene gegen den andern Gatten, der durch sein Betragen gerechten Grund zur Scheidung gegeben hatte, ein Recht auf die Privatstrafen[14].

Diese Privatstrafen haben hauptsächlich den Zweck, dem unschuldigen Gatten eine Genugthuung zu geben für Das, was er durch die Ehescheidung verliert; denn durch die Scheidung verliert jeder Gatte, auch der unschuldige, für die Zukunft alle Vortheile, welche ihm die

---

[8] Arndts l. c. Note a. Aber die Ehe wurde durch sie aufgehoben.
[9] S. oben § 239 Nr. I 2 Lit. B. [10] S. oben § 240.
[11] Arndts l. c. Nr. 2 Lit. a. u. b. Nov. 22 c. 18; Nov. 98 c. l.; Nov. 127 c. 3, 4.
[12] Arndts l. c. Nr. 1. [13] S. oben § 232 Lit. B Nr. II 8.
[14] S. Arndts l. c. Lit. a. u. b. Der Grundsatz des römischen Rechts, daß für den schuldigen Gatten diese Strafen eintreten, wurde bei uns nicht aufgehoben.

fortdauernde Ehe hätte gewähren können und namentlich auch die, welche ihm (als Gatten) für den Fall des Todes des andern Gatten aus dessen Vermögen zugekommen sein würden, sei es nach dem Gesetze (Intestaterbrecht) oder durch letzten Willen des Verstorbenen, oder durch Erbvertrag; denn bei jeder letztwilligen Verfügung eines Gatten zu Gunsten des andern ist als stillschweigende Bedingung anzunehmen, daß die Ehe bis an den Tod fortdauerte, also erst durch ihn getrennt wurde[15].

II. Annullation der Ehe. Wenn eine Ehe eingegangen wurde, ihr aber ein sog. impedimentum dirimens[16] entgegenstand, so besteht an sich rechtlich gar keine Ehe; es ist also hier eine Ehe nicht erst zu trennen, eben weil das matrimonium ein nullum ist[17]. Allein nach deutschem Eherechte muß, wenn eine solche Verbindung als nichtig soll behandelt werden dürfen, noch ein Ausspruch des Gerichts eintreten, daß die Ehe wirklich nichtig sei, sog. Annullation der Ehe[18].

Die rechtliche Bedeutung der Nichtigkeit der Ehe geht dahin:

1) Regel ist: bei der nichtigen Ehe können die Wirkungen einer Ehe nicht eintreten; das Verhältnis ist ein außereheliches (und ganz so zu behandeln); die Kinder sind uneheliche, und es treten, wenn die Frau eine dos gab, nicht die Besonderheiten des Dotalrechts ein; sie kann das als dos Gegebene sofort mit einer condictio sine causa zurückfordern, hat aber kein gesetzliches Pfandrecht ꝛc.[19].

2) Diese Regel leidet aber nach dem deutschen Recht wichtige Modifikationen bei der Putativehe (sog. matrimonium putativum). Putativehe ist, wenn die Ehe in der vom Gesetz vorgeschriebenen Form geschlossen wurde, aber ein Theil (Mann oder Weib) oder Beide in bona fide waren, also das Hindernis nicht kannten, wegen dessen ihre Verbindung eine nichtige Ehe ist und deßhalb die formgemäß geschlossene Ehe für gültig hielten.

Bei einer solchen Putativehe gilt Folgendes. Die in einer solchen Verbindung erzeugten Kinder haben (nach deutschem Recht) durchaus

---

[15] Arndts l. c. Note d. e. [16] Oben § 232 Lit. B Nr. II 6.

[17] Vgl. oben § 84 Nr. I (Th. I S. 421).

[18] Das römische Recht war hier konsequenter; es kannte eine solche Annullation nicht, sondern die nichtige Ehe wurde eben ohne Weiteres als nicht existirend behandelt. Inst. de nuptiis 1, 10 § 12.

[19] Inst. l. c.; D. de iure dotium 23, 3 l. 3.

die Rechte ehelicher Kinder, ſelbſt an den Gatten, der in mala fide war, wenn nur der andere Gatte in bona fide war. Ferner iſt für den Gatten, der in bona fide war, die Verbindung für die vergangene Zeit (in allen ihren Wirkungen) als gültig geweſen zu behandeln, d. h. er gilt als in wahrer Ehe geſtanden, hat in den Vermögensverhältniſſen die Rechte eines Gatten und gegen die Kinder die Rechte eines ehelichen parens; überhaupt iſt ſein Verhältnis ſo zu behandeln, als ob (bis zur gerichtlichen Annullation) eine gültige Ehe beſtanden hätte und dieſe nun erſt durch die Annullation getrennt wurde. Schon das kanoniſche Recht erkennt dies im Weſentlichen an[20], und das deutſche Gewohnheitsrecht hat es weiter auf die angegebene Weiſe ausgebildet.

Die Wiederverheirathung.

§ 244.

(Arndts § 417.)

Ein Gatte, deſſen Ehe getrennt iſt, darf natürlich zu einer zweiten Ehe ſchreiten; er heißt dann coniux binubus. Bei einer ſolchen neuen Ehe gilt in der Regel nichts Beſonderes. Es treten eben die ausgeführten bei einer Ehe überhaupt geltenden Grundſätze ein. Nur kann unter Umſtänden eine 2., 3. ꝛc. Ehe für den coniux binubus gewiſſe pekuniäre Nachtheile haben. Dieſe Nachtheile werden gewöhnlich „Strafen der zweiten Ehe“ genannt; ſie ſeien von den Geſetzen aus einem odium gegen das Wiederheirathen eingeführt worden. Allein dies iſt eine ganz unrichtige Auffaſſung derſelben. Den Geſetzen fällt es nicht ein, ſolche Ehen zu beſtrafen; vielmehr haben dieſe Nachtheile ganz andere und gute Gründe. Sie treten nämlich nur dann ein, wenn der coniux binubus aus ſeiner früheren Ehe Kinder hat; hier liegt die Gefahr nahe, daß der neue Gatte des coniux binubus, der Stief-parens jener Kinder, ſein inniges Verhältnis zum coniux binubus mißbrauchen könnte, um dieſen zu verleiten, die Kinder erſter Ehe pekuniär zu benachtheiligen und ihn, den Stief-parens, zu begünſtigen. Um nun Dieſes für die Kinder früherer Ehen möglichſt unſchädlich zu machen, traf das römiſche Recht die bezüglichen Be-

[20] X. 4, 17 qui filii sint legitimi c. 2. 8. 14.

stimmungen[1], die aber in den meisten Partikularrechten geändert wurden.

Das sogenannte Trauerjahr.

§ 245.

(Arndts § 418.)

Nach römischem Recht muß die Frau, wenn sie nach Auflösung ihrer Ehe (sei es durch des Mannes Tod oder durch Scheidung) sich wieder verheirathen will, eine Wartezeit beobachten, nämlich ein Jahr lang die Eingehung einer neuen Ehe aufschieben, das sog. Trauerjahr einhalten[1]. Der Grund war theils Rücksicht auf den Anstand, hauptsächlich aber, um jeder Ungewißheit in der Paternität vorzubeugen, welche eintreten könnte, wenn die Frau bald nach Trennung der Ehe heirathen und bald darauf niederkommen würde. Hält sie dieses sog. Trauerjahr nicht ein, so soll sie infam werden und bedeutenden Vermögensnachtheilen unterliegen[2].

Was das in dieser Beziehung jetzt Geltende betrifft, so wurde

a. das angeführte römische Recht, was Viele sehr mit Unrecht bestreiten, schon durch das kanonische Recht ganz beseitigt. Denn dieses hob nicht nur jene Infamie auf, sondern erklärte noch ausdrücklich, die Frau dürfe nach des Mannes Tod sofort wieder heirathen[3]. Es gab also nach kanonischem Recht gar keine Trauerzeit mehr und deßhalb konnte auch eine Frau wegen Nichteinhaltung einer solchen nicht bestraft werden.

b. Dagegen führten die meisten deutschen Landesrechte wieder eine Trauerzeit für die Ehefrau, und zwar meist auch Anstands halber für den Mann, ein; setzten aber auf ihre Übertretung ganz andere und weit geringere Nachtheile, als die römischen.

Jetzt aber gilt als unbedingt maßgebendes gemeines Recht in ganz Deutschland Folgendes. Das Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 § 35 führt eine Wartezeit von 10 Monaten ein, aber nicht für den

---

[1] S. bei Arndts l. c. Nr. 1—6, von denen die beiden ersten die wichtigsten sind.

[1] Arndts l. c. Anm. 1. [2] Arndts l. c. Note a. u. b.

[3] Arndts l. c. Anm. 2.

Mann, ſondern nur für die Frau, ſowohl beim Tod ihres Mannes, als auch bei der Scheidung. Über die Folgen aber, wenn die Frau die Vorſchriften übertritt, bleiben die Beſtimmungen der Landesrechte in Kraft[4].

---

[4] R. Geſ. § 36. Vgl. oben § 232 Lit. B II 6. — Juſtinian ſetzte noch die Strafen des verletzten Trauerjahres auch für den Fall feſt, wenn die Frau im erſten Jahre nach Auflöſung ihrer Ehe eine Unzucht begeht und in Folge davon niederkommt (Arndts l. c. Note c. — Nov. 39 c. 2). Von dieſem Falle ſpricht das kanoniſche Recht nicht und deßhalb halten viele Civiliſten die Strafen des römiſchen Rechtes (ſ. Arndts § 418) bei ihm noch für praktiſch. Allein ſie wurden auch in dieſem Falle niemals in der deutſchen Praxis angewendet. Vgl. meine Abhandlungen aus dem Strafrecht S. 179 Note 40.

Zweiter Abſchnitt.

Die Familie überhaupt.

Die Familie und ihre Begründung.

§ 246.

Unter Familie überhaupt begreift man die Verbindungen, die durch Zeugung oder Geſchlechtsgemeinſchaft begründet worden ſind. Es entſteht ſomit ein Familienverhältnis

1) durch Zeugung. Das dadurch begründete Verhältnis iſt die Verwandtſchaft, cognatio im weitern Sinn, die leibliche oder Blutsverwandtſchaft, die Sippſchaft. Verwandt mit einander ſind zwei Perſonen durch Gemeinſchaft des Bluts, nämlich

a. wenn die eine Perſon von der andern abſtammt, Deſcendenten und Aſcendenten, Kinder und Eltern im weitern Sinne. Dieſe ſind mit einander in linea recta (in gerader Linie) verwandt; oder

b. wenn beide von demſelben Dritten abſtammen, Seitenverwandte, cognati ex latere oder ex transverso, ſog. Kollateralen; dieſe ſind miteinander in der linea obliqua, Seitenlinie, verwandt. Dieſe Seitenverwandtſchaft iſt eine vollbürtige (utroque latere coniuncti), wenn die Seitenverwandten von demſelben Paare abſtammen; z. B. vollbürtige Geſchwiſter ſind, welche Vater und Mutter gemein haben; oder eine halbbürtige, wenn Seitenverwandte bloß den Stamm-Vater oder bloß die Stamm-Mutter gemein haben[1].

[1] Z. B. halbbürtige Geſchwiſter ſind ſolche, welche bloß denſelben Vater oder bloß dieſelbe Mutter gemein haben; consanguinei heißen Geſchwiſter, welche den Vater gemein haben, mögen ſie auch die Mutter gemein haben oder nicht; uterini heißen Geſchwiſter, welche bloß die Mutter gemein haben.

2) Durch Adoption. Durch diese, der Zeugung nachgebildet, kann (in einer gewissen Ausdehnung) eine fingirte, sog. bürgerliche Verwandtschaft begründet werden[2]. Im Gegensatz davon nennt man die durch Blutsverwandtschaft begründete Verwandtschaft eine natürliche.

3) Durch Ehe. Durch diese treten nicht nur die Ehegatten in ein Familienverhältnis zu einander, sondern jeder Ehegatte steht auch in einem Verhältnis zu allen Verwandten seines Ehegatten, sog. Schwägerschaft (affinitas). Ein Ehegatte ist mit allen Verwandten seines Gatten (ehelichen oder uneehelichen) verschwägert. Aber Verwandte des einen Ehegatten sind mit den Verwandten des andern Ehegatten weder verwandt, noch verschwägert. — Die Schwägerschaftsverhältnisse in gerader Linie, d. h. das Verhältnis des einen Gatten zu den Descendenten oder Ascendenten des andern Gatten werden durch den Beisatz: „Stief"- oder „Schwieger"- bezeichnet[3].

4) Das kanonische Recht nahm an, daß nicht bloß durch die Ehe, sondern auch durch außereheliche Beischlaf eine Affinität begründet werde zwischen dem einen Konkumbenten und allen Verwandten des andern Konkumbenten. Es legte ihr aber bloß Bedeutung als Ehehindernis bei. Dieses wird nun aber mit Recht vom Reichsgesetz[4] verworfen. Schwägerschaft ist nach unserem jetzigen Recht bloß das Verhältnis des einen Ehegatten zu den (legitimen oder illegitimen) Verwandten des andern.

---

[2] Darüber s. unten § 251.

[3] Der Beisatz: „Stief-" bezeichnet das Verhältnis zwischen dem einen Ehegatten und denjenigen Descendenten seines Gatten, welche nicht auch seine Descendenten sind. z. B. der Ehemann ist Stiefvater der Kinder, die seine Frau aus einer frühern Ehe (oder einem außerehelichen Beischlaf) in die jetzige Ehe gebracht hat. — Der Beisatz „Schwieger-" bezeichnet das Verhältnis zwischen dem einen Gatten und den Ascendenten des andern Gatten; z. B. die Ehefrau ist die Schwiegertochter der Eltern ihres Mannes, diese Eltern sind ihre Schwiegereltern.

Der Ausdruck Stief- wird von Vielen sehr mit Unrecht auch auf das Verhältnis sog. zugebrachter (oder zusammengebrachter) Kinder angewendet, d. h. auf das Verhältnis der Kinder, welche bloß Kinder des einen Ehegatten sind, zu den Kindern, welche bloß Kinder des anderen Ehegatten sind. Viele nennen diese Kinder Stiefgeschwister; allein sie sind gar nicht Geschwister, überhaupt mit einander weder verwandt noch verschwägert. — Auch die Halbgeschwister (Nr. 1 a. E.) werden von Manchen Stiefgeschwister genannt. Allein auch dies ist falsch; denn der Ausdruck Stief- ist eine Negation der Verwandtschaft; halbbürtige Geschwister aber sind wirkliche Geschwister, also mit einander verwandt.

[4] R. Ges. vom 6. Febr. 1875 § 33.

5) Die vollen rechtlichen Wirkungen kommen derjenigen Verwandtschaft zu, welche durch eheliche Zeugung oder durch die der Zeugung nachgebildete Adoption begründet wird. Wir nennen eine solche Verwandtschaft eine legitime. Illegitime Verwandtschaft ist die durch außereheliche Zeugung begründete[5].

6) Das Wort Familie wird häufig auch in einem engeren Sinne genommen[6]. — Auch ist noch zu beachten, daß die Römer familia auch auf Sachen anwendeten, z. B. auf sämmtliche Sklaven eines Herrn[7] und auf den gesammten Nachlaß eines Verstorbenen (actio familiae erciscundae).

Die rechtliche Bedeutung des Familienverhältnisses überhaupt.

§ 247.

Die Bedeutung der Familie ist hauptsächlich eine sociale und sittliche. Die Familiengenossen sind schon durch die Natur gegenseitig auf Freundschaft und treues Zusammenhalten angewiesen. Aber das Recht muß auch hier, wie bei der Ehe[1], das Meiste der freien Sitte überlassen; es kann nur in beschränktem Umfange anordnend, schützend und fördernd eingreifen. Am bedeutendsten ist dies bei der Ehe[2] und bei dem Verhältnis zwischen Ascendenten und Descendenten[3]. Dagegen ist die rechtliche Bedeutung der anderen Familienverhältnisse, der Seitenverwandtschaft und der Schwägerschaft eine sehr beschränkte. Im Privatrecht nämlich sind die rechtlichen Wirkungen

1) der Seitenverwandtschaft bloß folgende:

a. Die Seitenverwandtschaft begründet ein Ehehinderniß, aber nach dem jetzigen Recht nur noch zwischen Geschwistern[4].

b. Die legitime Seitenverwandtschaft und in der mütterlichen Linie auch die illegitime[5], begründet gegenseitiges Intestaterbrecht[6]; ferner das Recht und die Verbindlichkeit zur gesetzlichen Vormundschaft[7]. Das Geschwisterverhältnis ist dabei nur im Erbrecht[8] und

[5] Über diese s. unten § 257. [6] S. unten § 248 Nr. I u. IV.
[7] Vgl. D. de V. S 50, 16 l. 195 § 1 u. 3.
[1] Vgl. oben § 232 Lit. B Nr. I. [2] Darüber s. oben § 232 f.
[3] S. unten § 249 f. [4] R. Ges. vom 6. Febr. 1875 § 33.
[5] S. unten § 257. [6] Vgl. Arndts § 473 ff.
[7] Arndts § 444. 445.
[8] Durch das bei Arndts § 604 angeführte beschränkte Pflichttheilsrecht.

durch das beneficium competentiae[9] ausgezeichnet. Dagegen wird durch die Seitenverwandtschaft nicht eine gegenseitige Alimentationspflicht begründet, nicht einmal zwischen Geschwistern[10].

2) Die Schwägerschaft hat im Privatrecht bloß die Bedeutung, daß sie in gerader Linie ein Ehehindernis begründet[11] und in einem Falle ein beneficium competentiae[12]; namentlich begründet sie weder Erb- noch Alimentationsrecht.

Das Institut eines Familienraths, wie es z. B. das französische Recht kennt, ist unserem gemeinen Recht fremd. Zwar behaupten Manche das Gegentheil[13]; allein sie können keinen Beweis dafür beibringen. Allerdings soll nach gemeinem Recht bei gewissen Angelegenheiten eines Mündels ꝛc. der Richter auch die Ansicht der nächsten Verwandten desselben hören[14]. Allein dies ist etwas ganz Isolirtes und Unorganisirtes[15].

Die Agnation.

§ 248.

Die Verwandtschaft (cognatio im weiteren Sinne) ist entweder eine cognatio im engern Sinne oder eine agnatio. Cognatio im engern Sinne ist jede Verwandtschaft, die nicht Agnation ist. Was die Agnation (eine Klasse der Kognation im weitern Sinne) betrifft, so

I. knüpfte sich der Begriff der römischen Agnation[1] zunächst an die väterliche Gewalt an. Die durch eine väterliche Gewalt Verbundenen, der Hausvater und seine Hauskinder, sind mit einander

---

[9] Arndts § 225 Anm. 3 Lit. d.

[10] Arndts § 348 Anm. 3 und Bangerow Pand. § 260 Anm. 2.

[11] S. das angeführte R. Ges. § 33.

[12] Arndts § 225 Anm. 3 Lit. c. — Sie ist sonach bloß auf ihre sociale und sittliche Bedeutung beschränkt.

[13] Vgl. Arndts § 441 Anm. 2.

[14] D. ubi pupill. 27, 2 l. 2 § 1; Cod. e. t. 5, 49 cst. 1. — Vgl. Bethmann-Hollweg im Rheinischen Museum Bd. VI 217 f.

[15] Dasjenige Institut eines Familienraths aber, welches das älteste römische Recht kannte, verschwand in der Kaiserzeit und war mehr ein Institut der Sitte als des Rechts. S. besonders Ihering Geist des römischen Rechts Bd. II § 32.

[1] Im römischen Recht war ein gewisses Verwandtschaftsverhältnis — die Agnation — von ganz besonderer Wichtigkeit, eigentlich die nach dem ius civile allein vollberechtigte Verwandtschaft. Im neuesten römischen Recht ist dies freilich anders. Allein die Kenntnis jenes älteren Rechts ist nothwendig, um Praktisches vom Unpraktischen gehörig unterscheiden zu können, auch ist ohne diese Kenntnis das römische Erbrecht nicht zu verstehen.

durch einen Mann, den Hausvater, verwandt und tragen denselben Familiennamen. Sie heißen gegenseitig agnati und bilden nach römischem ius civile die familia im engsten Sinn[2]. Sie bleiben aber auch gegenseitig agnati, wenn die väterliche Gewalt aufhört[3], so fern nur nicht die betreffende Person durch eine capitis deminutio aus dem Agnatenverband ausschied. Dabei ist noch zu beachten, daß der Vater nur über seine legitimen Descendenten väterliche Gewalt hat; ferner, daß die väterliche Gewalt, die man über eine Frauensperson, z. B. über die Tochter hat, sich nicht auch auf deren Descendenten erstreckt[4], diese also nicht Agnaten des Hausvaters der Frau sind. Hiernach ergiebt sich der Begriff der römischen Agnation und der Kognation im engeren Sinn dahin:

1) Agnation ist die legitime Verwandtschaft, welche durch lauter Männer begründet wird[5]. Wenn daher die Verwandtschaft zweier Personen in einem ihrer Verbindungsglieder bloß durch ein Weib oder durch eine außereheliche Zeugung vermittelt wird, so ist sie nicht agnatio, sondern cognatio im engeren Sinn. Hiernach sind z. B. Agnaten des Vaters nicht bloß seine Söhne, sondern auch seine Töchter, weil sie mit ihm durch ihn, also einen Mann, verwandt sind. Ebenso sind sie Agnaten ihres väterlichen Großvaters; ferner der legitimen Geschwister ihres Vaters und der Kinder des Bruders ihres Vaters, aber nicht der Kinder der Schwester ihres Vaters, weil ihre Verbindung mit diesen bloß durch ein Weib, durch des Vaters Schwester vermittelt wird. Der Großvater ist nicht Agnat seiner Enkel aus seiner Tochter, weil er mit diesen bloß durch ein Weib, seine Tochter, verwandt ist. Ebenso sind Kinder nicht Agnaten ihrer Mutter und ihrer mütterlichen Familie, sondern bloß Kognaten, weil sie mit der Mutter und deren Verwandten bloß durch ein Weib, die Mutter, verwandt sind. Consanguinei[6] sind mit einander agnati, uterini sind cognati[7].

2) Bei dem Begriffe der römischen Agnation ist aber wohl zu

---

[2] D. de V. S. 50, 16 l. 195 § 2. — Hingegen die Frau des Hausvaters gehört nicht iure, sondern nur natura zur Familie l. 195 cit.

[3] Durch den Tod des Hausvaters.

[4] Sie gehören nicht zur Familie des Hausvaters.

[5] D. de gradib. 38, 10 l. 4 § 2; I. de agnator. tut. 1, 15 § 1.

[6] S. oben § 246 Nr. 1 a. E.

[7] I. de agnator. tutel. 1, 15 § 1; de agnator. success. 3, 2 § 1 u. 2; D. de grad. et affin. 38, 10 l. 4 § 2 a. E., l. 10 § 1—5.

beachten, daß sie durch jede capitis deminutio, welche ein Agnat erleidet, mit diesem aufgehoben wird[8]. Will man daher die römische Agnation genau definiren, so muß man sie dahin bestimmen: sie ist die legitime durchaus durch Männer begründete Verwandtschaft, so fern nicht die betreffenden Personen durch eine capitis deminutio aus der Familie ausgeschieden sind. — Ein Römer hörte auf, Agnat seiner bisherigen Agnaten zu sein, schon wenn er eine bloße capitis deminutio minima erleidet[9]. Eine solche capitis deminutio minima trat namentlich ein:

a. wenn ein Hauskind von seinem Hausvater durch Emancipation aus der väterlichen Gewalt entlassen wird[10];

b. wenn ein homo sui iuris durch Arrogation in die väterliche Gewalt des Arrogators kommt; hier wird er Agnat des Arrogirenden und der Agnaten desselben, hört aber auf, Agnat seiner bisherigen Agnaten zu sein; nur bleibt er Agnat seiner Kinder, die er in seiner Gewalt hatte, weil diese mit ihm in die Gewalt des Arrogators kommen[11];

c. wenn ein Hauskind den Hausvater ändert, also der Hausvater sein Kind einem Dritten in volle Adoption giebt[12]; hier hörte es auf, Agnat seines bisherigen Hausvaters und der Agnaten desselben zu sein und tritt in den Agnatenverband des Adoptirenden und der Agnaten desselben[13].

Durch eine solche capitis deminutio minima wurde der Agna-

---

[8] S. oben § 43 (Th. I S. 201 f.). Denn nur ein römischer civis konnte im Agnatenverband stehen; wenn daher ein römischer Staatsbürger die civitas verlor, also eine capitis deminutio media erlitt, so hörte er auf, Agnat seiner bisherigen Agnaten zu sein, ist bloß Kognat der bisherigen Agnaten; und wenn er eine capitis deminutio maxima erlitt, also Sklave, somit völlig rechtlos wurde, so tritt er ohnehin aus aller rechtlichen Verwandtschaftsverbindung mit seinen bisherigen Verwandten aus.

[9] Bei dieser bleibt der Betreffende zwar römischer civis, aber er scheidet durch sie aus dem Agnationsverband aus, in welchem er mit seinen bisherigen Agnaten stand.

[10] Nicht aber, wenn er auf andere Weise von der Gewalt frei wird, z. B. durch Tod des Hausvaters. — D. de cap. min. 4, 5 l. 3 § 1; I. quib. mod. pat. pot. 1, 12 § 1—5. Arndts § 427 Note f.

[11] D. de adopt. 1, 7 l. 15 pr.; de cap. min. 4, 5 l. 3 pr.

[12] Oder filiam in manum mariti.

[13] D. de grad. 38, 10 l. 4 § 10. Vgl. Arndts § 28 Anm. 2 Lit. a—c. — Ferner: wenn ein homo sui iuris, welcher Kinder in seiner Gewalt hat, sich arrogiren läßt, so ändern auch diese Kinder ihren Hausvater; sie kommen nun mit ihm in die Gewalt des arrogator, bleiben eben deßhalb Agnaten ihres Vaters und fallen wieder in dessen Gewalt, wenn der arrogator die Gewalt verliert, z. B. stirbt.

Eben so geht es — was gewöhnlich nicht beobachtet wird — wenn ein unehelicher Sohn eheliche Kinder hat und von seinem Vater legitimirt wird.

tenverband, in welchem der capite minutus mit ſeinen bisherigen Agnaten ſtand, aufgelöſt; er war nun nur noch cognatus ſeiner bisherigen Agnaten, verlor alſo alle durch Agnation bedingten Rechte gegen ſie und ſie gegen ihn[14].

Auf die Agnation bezog ſich die Hauptbedeutung des Wortes familia; denn familia im eigentlichen civiliſtiſchen Sinne bezeichnete zunächſt die durch väterliche Gewalt Verbundenen, den Komplex der Agnaten[15].

II. Rechtliche Bedeutung der Agnation. Nach dem älteren römiſchen ius civile (im Gegenſatz zum prätoriſchen) war die Agnation in wichtigen Verhältniſſen die allein berechtigende Verwandtſchaft; namentlich wurden nur durch ſie geſetzliche Erbrechte begründet[16] und das Recht zu geſetzlicher Vormundſchaft[17]. Deßhalb hieß ſie allein cognatio legitima, d. h. die nach den alten leges und nach den Rechtsquellen, welche legis vicem hatten, berechtigte Verwandtſchaft oder cognatio civilis[18] und die Agnaten hießen legitimi oder legitimae personae[19]. Deßhalb war auch die capitis deminutio minima ſo wichtig, weil durch ſie der Agnatenverband mit den bisherigen Agnaten gelöſt wurde. Allein allmählich wurden gegen das Ende der Republik durch das prätoriſche Edikt und noch mehr in den Kaiſerzeiten durch das neuere ius civile, durch Senatuskonſulte und kaiſerliche Konſtitutionen die Bevorzugungen der Agnaten beſchränkt und vielfach die Kognaten ihnen gleichgeſtellt und Juſtinian beſeitigte ſie vollends[20], ſo daß im neueſten römiſchen Recht — und bei uns — die römiſche Agnation als ſolche und deßhalb auch die

[14] I. de agnator. tut. 1, 15 § 3; D. de gradib. 38, 10 l. 4 § 10; de cap. min. 4, 5 l. 3 pr., l. 6; I de cap. dem. 1, 16 § 3. 6. Gai. Inst. I § 158. 163. Nur bei der Emancipation konnten nach ſpäterem römiſchen Rechte durch ausdrücklichen Vorbehalt dem Emancipirten ſeine Agnatenrechte (an den Vater und die väterlichen Agnaten) erhalten werden. Arndts § 427 Note e.

[15] D. de V. S. 50, 16 l. 195 § 2 a. E. Deßhalb ſagen die Römer von Dem, welcher eine capitis deminutio minima erleidet: mutat familiam (D. de cap. minut. 4, 5 l. 3 pr.) und von den Frauen, ſie ſeien finis familiae (D. de V. S. 50, 16 l. 195 § 5), d. h. die Frau kann (nach römiſchem Recht) zwar Agnatin ſein; ſie iſt z. B. Agnatin ihres legitimen Vaters, ihrer Geſchwiſter, mit denen ſie den Vater gemein hat u. ſ. w.; aber die Agnatenfamilie kann durch ſie nicht fortgepflanzt werden, weil die bloß durch eine Frau vermittelte Verwandtſchaft nur cognatio iſt (und ihre Kinder nicht den Familiennamen des Vaters und der Agnaten der Frau tragen; vgl. auch unten § 250).

[16] Die sui heredes waren eben beſonders bevorzugte Agnaten.

[17] D. de gradib. 28, 10 l. 10 pr.; I. de agn. succ. 3, 2 pr.

[18] D. l. c. l. 4 § 2. [19] I. de legit. agn. succ. 3, 2 § 3 a. E.

[20] Beſonders durch Nov. 118 und Nov. 115.

capitis deminutio minima abgesehen von der Adoption[21] keine juristische Bedeutung mehr hat.

III. Das deutsche Recht kannte auch und kennt noch bei gewissen deutschrechtlichen Instituten eine Bevorzugung der Agnaten, z. B. bei der Succession in Lehen und in sog. Stammgüter. Auch nach ihm sind Agnaten die legitimen mit einander durch Männer Verwandten, welche also denselben Familiennamen tragen. Aber nach deutschem Recht fällt hier die unter I 2 angeführte Beschränkung weg und besteht eine andere Beschränkung. Es beschränkt die Agnation auf Blutsverwandtschaft und auf Männer, d. h. es schließt alle Frauen von dem Kreis der Agnaten aus; die deutsche Agnation ist auf den Mannstamm beschränkt. Hiernach sind bei jenen Instituten des deutschen Rechts Agnaten bloß die Personen männlichen Geschlechts, die in legitimer Weise durch Männer mit einander blutsverwandt sind; z. B. die eheliche Tochter ist nach römischem Recht Agnatin ihres Vaters und der Agnaten desselben, nach deutschem Recht aber ist sie bloß Kognatin[22].

IV. Übrigens ist noch, was den Ausdruck Familie betrifft, zu beachten, daß er im gemeinen Leben und auch nach manchen Gesetzen in sehr verschiedenem Umfange genommen wird und es ist daher sehr zu rathen, wenn man (z. B. in seinem Testament) Dispositionen in Betreff seiner „Familie" treffen will, genau zu sagen, was man darunter versteht. An sich bildet jeder Selbständige schon für sich allein eine Familie[23]. Heirathet er, so bildet er eine Familie mit seiner Frau und den seiner Gewalt unterworfenen Kindern; eben so bildet die Wittwe mit ihren in häuslicher Gemeinschaft mit ihr lebenden Kindern eine Familie. Häufig bezeichnet man durch Familie die gesammte Descendenz einer Person; in einem weiteren Sinn aber bezeichnet man durch Familie alle Personen, die mit einander in rechtlich wirksamer Weise verwandt sind; und in noch weiterem Sinn zählt man auch Verschwägerte zur Familie. Im Zweifel ist aber der Begriff auf Verwandte zu beschränken.

---

[21] S. unten § 251 und § 252 Nr. VI 2; und abgesehen von dem unwichtigen bei Arndts § 546 Anm. 2 erwähnten Punkte. Völlig untergeordnet ist Cod. de codicill. 6, 36 cst. 8 § 2.

[22] Über die Bedeutung der unehelichen Verwandtschaft s. unten § 257.

[23] I. de V. S. 50, 16 l. 195 § 2.

Dritter Abſchnitt.

Insbeſondere das legitime Aſcendenten- und Deſcendentenverhältnis.

Erſtes Kapitel. Seine Begründung und allgemeine Wirkungen.

§ 249.

(Arndts § 419 vgl. § 437.)

Die Erzeuger im Verhältnis zu den Erzeugten bezeichnet man durch Aſcendenten (Eltern im weitern Sinn, parentes); die Erzeugten im Verhältnis zu den Erzeugern durch Deſcendenten (Kinder, liberi, im weitern Sinn); im engern Sinn ſind Eltern (parentes): Vater und Mutter; Kinder (liberi): Söhne und Töchter[1].

Bei den rechtlichen Wirkungen des legitimen Aſcendenten- und Deſcendentenverhältniſſes (abgeſehen von der patria potestas), iſt der ſittliche Grundſatz beſtimmend; die Kinder ſind ihren Eltern Achtung, Ehrerbietung, Gehorſam und Hilfe ſchuldig; die Eltern ihren Kindern Schutz, Erziehung und allſeitige Fürſorge. Es ſoll ſie das innige Band der Familie umſchließen. Dieſem Grundſatz aber kann das Recht nur in einzelnen Beziehungen beſondere juriſtiſche Folgen geben. Dieſe ſind, ſo weit ſie das Privatrecht betreffen: die Erziehungspflicht und das Erziehungs- und Züchtigungsrecht der Eltern[2]; die Ausſtattungspflicht der Eltern[3]; das Recht der Eltern in Beziehung auf Konſens zu den Ehen der Kinder[4]; das Recht zur Vormundſchaft über die Kinder und Ernennung von Vormündern[5]; ferner das Recht der

[1] D. de V. S. 50, 16 l. 51. l. 220 pr. § 3; de grad. et affin. 38, 10 l. 7.
[2] Darüber ſ. unten § 253.
[3] S. oben § 235.
[4] S. unten § 253 gegen das Ende.
[5] Vgl. unten § 262.

Quaſipupillarſubſtitution[6] und beſonders die gegenſeitigen Inteſtat- und Notherbrechte[7] und bei Bedürftigkeit das gegenſeitige Recht auf ſog. alimenta civilia, d. h. auf eine dem Stand und Vermögen des Verpflichteten angemeſſene Alimentation[8].

Begründet wird ein legitimes Aſcendenten- und Deſcendentenverhältnis: a. durch eheliche Geburt (ſ. I—III); b. durch putativeheliche Geburt[9]; c. durch Adoption[10]; d. durch Legitimation[11]. Über das unter a. Angeführte iſt noch zu bemerken: Eheliches Kind iſt:

I. Jedes während der Ehe vom Ehemann mit ſeiner Frau gezeugte Kind.

II. Das vor der Ehe gezeugte und nach Eingehung der Ehe von der Ehefrau geborene Kind; dieſes aber nur, wenn der frühere Beiſchlaf, von dem es herrühren kann, vom Ehemann zugegeben oder gegen ihn erwieſen wird. Ein ſolches Kind iſt nach dem ſpäteren römiſchen Recht und bei uns ein legitime natus, nicht ein uneheliches, durch die nachfolgende Ehe legitimirtes, Kind[12].

III. Hierbei entſteht aber noch die wichtige Frage: wie verhält es ſich mit dem Beweiſe der ehelichen Geburt, wenn dieſelbe beſtritten wird, ſei es vom Ehemann oder deſſen Erben oder einem dritten Intereſſenten. Dieſer Beweis wird nie geführt werden können. Es iſt daher zur Sicherung der Legitimität und zum Schutz der Ehre der Mutter und der Familie überhaupt nothwendig, daß durch eine Rechtsvermuthung[13] geholfen werde. Dieſes geſchieht auch von unſerem Rechte (wohl in allen civiliſirten Staaten), indem es den Satz anerkennt: pater is est, quem nuptiae demonstrant[14], d. h. wird ein Kind von einer Ehefrau während der Ehe geboren oder zwar nach

---

[6] Arndts § 499. [7] S. das Erbrecht.

[8] S. Arndts § 348. Nur iſt die letzte Periode des § 348 dahin zu berichtigen: Bei uns nimmt das Gewohnheitsrecht ganz mit Recht an, daß wenn der zu Alimentirende ſich gegen den Verpflichteten ſchlecht beträgt, dieſer nicht von der Ernährungspflicht ganz entbunden werde. Er hat nur nicht mehr alimenta civilia, aber doch alimenta naturalia zu gewähren, d. h. das zum nothdürftigen Unterhalt in Beziehung auf Ernährung und Erziehung Erforderliche.

[9] S. oben § 243 a. E. [10] S. unten § 251.

[11] S. unten § 259.

[12] Denn nach Cod. de nat. lib. 5, 27 cst. 11 a. E. (vgl. Nov. 98 c. 8 § 1) beſtimmt ſich das Statusverhältnis eines Kindes dann, wenn es für das Kind vortheilhafter iſt, nach der Zeit ſeiner Geburt, nicht nach der ſeiner Konception.

[13] Sog. praesumtio iuris, ſ. Arndts § 114 nach Anm. 3.

[14] D. de in ius voc. 2, 4 l. 5.

Trennung der Ehe, aber zu einer solchen Zeit, daß es noch aus der Ehe herrühren kann, so ist rechtlich anzunehmen, daß es vom Ehemanne herrühre. Diese Präsumtion gilt selbst dann, wenn die Mutter gestehen würde, sie habe mit einem Dritten einen Ehebruch begangen; denn durch ein solches Geständnis kann sie den Kindern Nichts vergeben, und daraus, daß sie sich noch einem Andern hingab, folgt noch nicht, daß dieser der Vater sei, da ja immerhin der Ehemann es sein konnte, und dafür streitet die Vermuthung [15]. Diese Rechtsvermuthung ist aber nicht eine unbedingte; es ist Gegenbeweis gegen sie zulässig [16]; wenn nämlich nachgewiesen werden kann, daß das Kind vom Ehemann nicht herrühren konnte, so gilt es nicht als sein Kind. Dieser Beweis kann geführt werden:

1) durch den Nachweis totaler Impotenz des Ehemannes oder durch den Beweis, er habe so lange vor der Geburt des Kindes nicht mit der Frau konkumbirt, daß dasselbe unmöglich von ihm herrühren könne, z. B. er sei im ganzen letzten Jahre vor der Geburt des Kindes in Amerika, seine Frau in Deutschland gewesen [17];

2) durch folgende Gegenpräsumtionen:

a. wenn die Frau vor dem 7. Monat, und zwar, wie es die Quellen hier genauer bestimmen, vor dem 182. Tage von Abschluß der Ehe an ein so weit ausgetragenes Kind, daß es lebensfähig, d. h. fähig, sein Leben außerhalb des mütterlichen Leibes fortzusetzen, ist, zur Welt bringt, so nehmen die Quellen mit Recht an, daß es nicht in der Ehe erzeugt sei und der Ehemann nicht gehalten ist, es als sein Kind anzuerkennen, weil ein Kind wenigstens 6 volle Monate im Mutterleibe nöthig habe, um lebensfähig zu werden, also jenes Kind aus einem anderweiten Beischlaf herrühren müsse [18]. Nur wenn der Mann selbst den frühern Beischlaf zugesteht oder derselbe gegen ihn bewiesen wird, gilt das unter Nr. II Gesagte.

b. Wenn die Frau von Auflösung der Ehe an erst nach dem 10. Monat [19] niederkommt, so ist das Kind als nicht vom Ehemann

---

[15] D. de adult. 48, 5 l. 11 § 9 a. E.; de probat. 22, 3 l. 29 § 1. — Allerdings kann der Ehemann auf ein solches Geständnis hin auf Scheidung klagen, — aber dies darf man nicht mit den Rechten des Kindes verwechseln.

[16] Praesumtio cedit veritati. [17] D. de his qui sui iur. 1, 6 l. 6.

[18] D. de statu hom. 1, 5 l. 12; de suis et legit. 38, 16 l. 3 § 4. Mein Programm de partu vivo non vitali. Lips. 1863, pag. 5—9.

[19] Oder, wie man es gewöhnlich übersetzt (wenn man nach der herrschenden Ansicht den Monat zu 30 Tagen rechnet), nach dem 300. Tage.

herrührend zu behandeln, weil das Gesetz mit Recht annimmt, daß ein Kind nie länger als 10 Monate im Mutterleibe bleibt[20]. Kommt sie aber innerhalb der 10 Monate nach Auflösung der Ehe nieder, so gilt das Kind als Kind des Ehemannes, außer es würde von dem Interessenten die Unmöglichkeit seiner Vaterschaft nachgewiesen, z. B. daß der Ehemann in den Zeiten, aus welchen das Kind herrühren könne, so krank gewesen sei, daß er beischlafsunfähig war.

Diese Präsumtionen sind in gleicher Weise auch anzuwenden, wenn die Ehegatten durch Reisen, Gefängnis ꝛc. getrennt waren, z. B. der Mann war 8 Monate verreist und 4 Monate nach seiner Zurückkunft kommt die Frau mit einem lebensfähigen Kinde nieder; dieses gilt für unehelich, denn vor der Abreise konnte er es nicht gezeugt haben, nachher auch nicht.

Im Falle der Auflösung der Ehe hat die Frau, wenn sie vom Ehemann noch schwanger zu sein glaubt, ein besonderes Interesse, daß ihr Kind als das ihres Mannes anerkannt werde. Der Ehemann aber und seine Erben haben ein Interesse, daß nicht ein Kind unterschoben wird. Deßhalb sind in diesen Beziehungen besondere Vorsichtsmaßregeln angeordnet und zwar bei der Trennung der Ehe durch Scheidung von einem senatusconsultum Plancianum[21], und bei der Trennung der Ehe durch den Tod des Mannes von dem prätorischen Edikt[22].

---

[20] D. de suis et legit. 38, 16 l. 3 § 11.

[21] Die Frau soll nach der Scheidung, sobald sie sich schwanger fühlt, es dem Mann binnen 30 Tagen anzeigen. Dieser kann dann custodes partus schicken, oder kann er erklären, sie sei nicht von ihm schwanger. Letzteren Falles hat dann die Frau die actio de partu agnoscendo gegen ihn anzustellen.

Thut der Mann weder das Eine noch das Andere: so muß er das Kind wie das seinige wenigstens alimentiren, bis er beweist, daß das Kind nicht das seinige sei.

[22] Bonorum possessio ventris nomine. — Auch kann der Mann, wenn er vermuthet, seine geschiedene Frau sei von ihm schwanger, wolle ihm aber das Kind entziehen, bei Gericht beantragen, die Frau durch Hebammen untersuchen zu lassen und dann, wenn diese die Frau für schwanger erklären, custodes partus bei ihr zu bestellen. D. de ventre inspic. 25, 4 l. 1 § 1—15. — Arndts § 437 Note k—l.

KÖNIGL. BIBLIOTHEK BERLIN

Zweites Kapitel. Die väterliche Gewalt.

Begriff und Erfordernisse.

§ 250.

(Arndts § 420.)

Väterliche Gewalt (patria potestas) ist der Inbegriff der besonderen Rechte, welche in der Regel dem legitimen Vater als solchem, oder in manchen Fällen einem andern legitimen väterlichen Ascendenten über seine Descendenten zustehen[1].

Zur Erwerbung der väterlichen Gewalt wird erfordert:

I. männliches Geschlecht. Eine Frau kann nicht die besonderen Rechte der väterlichen Gewalt haben[2].

II. Freiheit von väterlicher Gewalt, d. h. väterliche Gewalt kann nur ein homo sui iuris haben. Dabei ist zu beachten:

1) Wenn ein Mann legitime Kinder bekommt, aber selbst noch in der Gewalt eines Andern steht, z. B. seines Vaters, also des Großvaters dieser Kinder, so sind diese Kinder (nicht in seiner, sondern) mit ihm in seines Hausvaters, ihres väterlichen Großvaters Gewalt. Sie fallen aber dann in die Gewalt ihres Vaters, wenn sein Hausvater, der Großvater (durch den Tod oder zur Strafe) die Gewalt über ihn (und seine Kinder) verliert[3].

2) Die Gewalt kann aber auf diese Weise[4] nur durch Söhne erweitert werden, nicht durch Töchter, denn wenn die Tochter noch in der Gewalt ihres Vaters steht und Kinder bekommt: so sind diese Kinder nicht in der Gewalt des Vaters der Mutter (des mütterlichen Großvaters), sondern

---

[1] Wer nicht in der väterlichen Gewalt eines Andern steht, ist sui iuris (gewaltfrei); wer Andere in der väterlichen Gewalt hat, heißt ihr pater familias, ihr Hausvater. Es heißt aber auch so (pater familias) jede Person männlichen Geschlechts, welche sui iuris ist, wenn sie auch Niemanden in ihrer väterlichen Gewalt hat (z. B. ein infans, dessen Vater gestorben ist und der deßhalb unter einem Vormund steht, ist pater familias). — Die in der väterlichen Gewalt eines Anderen Stehenden heißen filii, filiae familias (Hausſöhne, Haustöchter, Hauskinder). Mater familias heißt eine Person weiblichen Geschlechts, welche sui iuris ist. D. de his qui sui iuris 1, 6 l. 4; de V. S. 50, 16 l. 195 § 2 (verbis: »deniques« ꝛc.).

[2] Vgl. aber auch unten § 253. — Nur dehnen die meisten deutschen Partikularrechte einzelne Befugnisse der väterlichen Gewalt auch auf die Mütter aus.

[3] Arndts l. c. Note c, vgl. § 427 bei Note a. b.

[4] Vgl. aber nachher Nr. 3.

a. wenn sie ehelich sind

α. in der Gewalt ihres Vaters, also in der des Ehemanns der Mutter, oder

β. wenn dieser selbst noch in väterlicher Gewalt steht, in der Gewalt des Hausvaters des Ehemanns, also ihres Großvaters (s. Nr. 1).

b. Wenn aber die Kinder unehelich sind, so stehen sie in Niemandes Gewalt; sie bekommen dann einen Vormund[5].

3) Bei den Römern blieben die Kinder, auch wenn sie heiratheten oder sonst vom väterlichen Haushalt sich trennten (z. B. ein einträgliches Staatsamt erhielten), doch in der Gewalt des Vaters[6]. Bei uns aber verhält sich dieser wichtige Punkt völlig anders. Das deutsche Recht geht davon aus, daß die häusliche Herrschaft eines Hausvaters nur statthaben kann über Die, welche vermögensrechtlich in Abhängigkeit von ihm und in Schutzbedürftigkeit leben. Deßhalb wird nach dem deutschen Gewohnheitsrecht die väterliche Gewalt aufgelöst durch sog. separata oeconomia (welche auch ungeeignet eine emancipatio Germanica oder Saxonica genannt wird), d. h. die Tochter wird von der väterlichen Gewalt frei durch Heirath oder wenn sie sich vom Vater mit seiner Zustimmung trennt, um bleibend aus eigenen Mitteln zu leben; die Söhne dadurch, daß sie bleibend eine selbständige Stellung im Leben erhalten und sich im Wesentlichen aus eigenen Mitteln ernähren[7]. Deßhalb ist der Fall, daß ein Vater seinen verheiratheten Sohn und durch ihn die Kinder oder gar Enkel dieses Sohnes in seiner väterlichen Gewalt hätte (Nr. 1 und 2 β) bei uns ein casus rarissimus.

III. Sind die Erfordernisse unter I und II vorhanden, so ist zur Erwerbung der väterlichen Gewalt noch ein besonderer Erwerbsgrund nöthig. Diese Gründe sind:

1) Geburt eines ehelichen (oder putativ-ehelichen) Kindes[8].

2) Legitimation eines unehelichen Kindes[9].

3) In der Regel Adoption[10].

---

[5] So lange sie minderjährig sind, s. unten § 257. — I. de patr. pot. 1, 9 pr. § 3; D. de his qui sui iur. 1, 6 l. 4 u. 5; de V. S. 50, 16 l. 196 § 1; Cod. de patr. pot. 8, 47 cst. 7.

[6] Es waren daher bei ihnen die unter Nr. 1 und Nr. 2 β ausgeführten Fälle sehr häufig.

[7] Arndts § 426 Nr. 6.

[8] D. h. der Vater hat die Gewalt über alle seine Kinder, welche nach oben § 249 eheliche sind, und wenn er in bona fide war, auch über die in einer Putativehe geborenen.

[9] S. unten § 259. [10] S. unten § 251.

Erwerbsgründe der väterlichen Gewalt. Insbesondere die Adoption.

§ 251.

(Arndts §§ 421—425.)

Im ältern römischen Recht bestand das Wesen der Adoption darin, daß durch einen bürgerlichen Akt die väterliche Gewalt über Jemanden erworben wird. Sie war wesentlich eine Erwerbsart der väterlichen Gewalt. Deßhalb konnte namentlich eine Frau nicht adoptiren [1].

Diesen Charakter aber als einen (allgemeinen und) wesentlichen hat sie im spätern römischen Recht [2] dadurch verloren, daß auch den Frauen gestattet wurde, zu adoptiren [3], und noch weiter ging Justinian [4] und geht das gemeine deutsche Recht [5], so daß es nun viele Fälle giebt, in denen durch Adoption eine väterliche Gewalt nicht erworben wird [6]. Man kann daher die Adoption nur dahin definiren: sie ist ein Rechtsakt (Rechtsgeschäft), durch welchen Jemand (unter öffentlicher Autorität) einen Andern als Kind (im weitern Sinn) annimmt und dadurch ein bürgerliches Familienverhältnis zu ihm begründet [7].

Im Übrigen gehen die Grundsätze über Adoption dahin:

A. Adoption durch einen Mann. Diese ist entweder eine arrogatio oder eine adoptio im engern Sinn [8].

I. Die vollen Wirkungen einer durch einen Mann geschehenen Adoption sind, daß der Adoptirte (männlichen oder weiblichen Geschlechts) ganz in die Rechte und Pflichten eines legitimen Descendenten zum adoptans tritt und in dessen väterliche Gewalt kommt mit allen Konsequenzen derselben und in eine fremde Familie eintritt, d. h. aufhört, Agnat seiner bisherigen Agnaten zu sein und nun mit dem adop-

---

[1] l. de adopt. 1, 11 § 10. [2] Von Diokletian an.

[3] S. unten Lit. B. — Sie waren der väterlichen Gewalt unfähig.

[4] Adoptio minus plenas.

[5] S. unten Lit. A Nr. II 2 und Nr. IV 2.

[6] Es ist daher unrichtig, wenn von Vielen im System die Adoption lediglich bei der väterlichen Gewalt entwickelt wird (auch von Arndts). Nur Windscheid (Pand. § 423) macht hiervon mit Recht eine Ausnahme.

[7] Bei uns bezeichnet man häufig, auch in Gesetzen, das Adoptivkind durch: Wahlkind, die Adoptirenden durch: Wahlvater, Wahlmutter (Wahleltern). — Die allgemeinen Erfordernisse einer jeden Adoption, namentlich auch in Beziehung auf Altersdifferenz, s. bei Arndts § 423 (und über Nr. 4 des § 423 s. unten § 259; über Nr. 3 vgl. oben § 49 Anm. 4 Th. I S. 228).

[8] D. de adopt. 1, 7 l. 1 § 1 und unten Nr. II. III.

tans und mit dessen Agnaten bürgerlich verwandt, und zwar nicht bloß Kognat, sondern auch Agnat derselben wird[9]. — Diese vollen Wirkungen treten aber nicht in allen Fällen der durch einen Mann erfolgten Adoption ein[10].

II. Adoption im engern Sinn. Diese ist die Adoption eines fremden Hauskindes (des Hauskindes eines Andern), also wenn ein Hausvater sein Hauskind (sei es männlichen oder weiblichen Geschlechts) einem Dritten in Adoption giebt (datio in adoptionem).

Zu ihr wird außer den allgemeinen Erfordernissen[11] noch erfordert: daß der Hausvater und der adoptans über die Adoption sich vereinbaren, daß der zu Adoptirende nicht widerspricht[12], und daß eine gewisse Form beobachtet wird. Diese Form war im vorjustinianischen Recht eine sehr komplicirte[13], wurde aber von Justinian aufgehoben, welcher folgende (bei uns geltende) an ihre Stelle setzte. Der Adoptirende und der Hausvater des Kindes müssen mit dem Kind vor dem (kompetenten Richter, d. h. dem) ordentlichen Richter des Kindes erscheinen, ihre Zustimmung in die Adoption erklären und darüber ist dann ein Protokoll aufzunehmen[14].

Was die Wirkungen dieser Adoption im engern Sinn betrifft, so traten bei derselben, bis auf Justinian stets die unter I. angegebenen vollen Wirkungen ein. Dieses wurde durch Justinian sehr modificirt; denn

1) Justinian änderte zwar an den vollen Wirkungen der Adoption für den Fall Nichts, wenn ein Hausvater sein Adoptivkind einem Andern in Adoption giebt[15]. Es tritt daher in diesem Falle ganz das unter Nr. I. Gesagte ein.

2) Dagegen änderte er die Wirkungen größtentheils für den Fall,

---

[9] Arndts § 425 Note a—e. — Auch zwischen ihnen und der adoptirten Person werden namentlich die gesetzlichen Erbrechte Verwandter begründet.

[10] Vgl. unten Nr. II 2 und IV. [11] Über diese s. Arndts § 423.

[12] Eine Zustimmung desselben ist nicht nöthig; es kann also auch ein infans so adoptirt werden. D. h. t. 1, 7 l. 5, l. 42; Cod. h. t. 8, 48 cst. 11 in fine.

[13] Gaius Inst. I § 134; über diese, mancipatio und in iure cessio gehört das Nähere in die Rechtsgeschichte.

[14] Stellvertretung ist also hier unzulässig; Cod. de adopt. 8, 48 cst. 11; I. h. t. 1, 11 § 1. — Eine causae cognitio hat der Richter nicht, außer daß die allgemeinen Erfordernisse (Arndts § 423) vorliegen.

[15] Von diesem Falle spricht seine Verordnung gar nicht. — Vangerow Pand. § 250 Anm. 2.

wenn der Hausvater (Vater oder väterlicher Großvater) seinen leiblichen Descendenten Jemandem in Adoption giebt.

Zu diesen Änderungen bestimmte ihn Folgendes. Nach dem Rechte, wie es beim Antritt seiner Regierung galt, verlor ein solcher Descendent, weil er durch die Adoption Hauskind eines Andern wurde und dadurch in alienam familiam kam, sein Erbrecht, das er in der ersten Klasse als Kind an seinem leiblichen väterlichen Ascendenten Vater oder Großvater) hatte; er konnte ihn nur noch in der dritten prätorischen Klasse als Kognat beerben (stand also namentlich allen Agnaten seines leiblichen Ascendenten nach) und bekam sein Erbrecht als Kind nur dann an seinem leiblichen Ascendenten wieder, wenn er vor dem Tode desselben (seines leiblichen Ascendenten) vom Adoptivvater emancipirt wurde. Denn dann hatte er an seinem leiblichen Ascendenten die Erbrechte eines emancipatus in der ersten prätorischen Klasse. Hiernach[16] aber konnte es dahin kommen, daß das in Adoption gegebene Kind weder seinen leiblichen Vater in erster Klasse, noch seinen Adoptivvater beerbte, nämlich wenn sein leiblicher Vater starb, während es noch in der Adoption stand, und es dann erst von seinem Adoptivvater emancipirt wurde. Justinian hätte Diesem sehr leicht durch eine Änderung am Erbrecht abhelfen können; allein, statt Dieses zu thun, wie er es erst später in Nov. 118 und 115 that, verpfuschte er durch eine Verordnung[17] das Institut der Adoption im engern Sinn, und danach gilt Folgendes:

a. Wenn der leibliche Ascendent sein Kind, das er in der Gewalt hat und das zu seinen nächstberufenen Intestat- und Notherben gehört (s. Lit. c,), einem Fremden (extraneus, d. h. einem solchen, der nicht ein leiblicher Ascendent des Kindes ist, in Adoption giebt, so hatte die Adoption nach der cst. 10 cit. nur eine kümmerliche rechtliche Wirkung, weßhalb wir sie in diesem Fall eine adoptio minus plena oder unvollkommene Adoption nennen[18]. Das Kind bleibt nämlich in der Gewalt seines bisherigen Hausvaters, kommt nicht in die des adoptans, wird nicht mit diesem und dessen Agnaten verwandt und hat bloß, wenn der adoptans ohne Testament stirbt, an ihm ein Intestaterbrecht in der ersten Klasse. Es hat aber nicht

[16] S. Bangerow Pand. § 412.
[17] Durch die cst. 10 de adopt. (Cod.) 8, 48, die er in seinen codex aufnahm.
[18] Sie ändert nämlich dann Nichts in den Gewaltverhältnissen.

einmal ein Notherbrecht an ihm und dieſer nicht einmal ein Inteſtaterbrecht an dem Kind [19]. Doch wird man annehmen müſſen, daß der adoptans wenigſtens die häusliche Gemeinſchaft mit dem Kinde und das Erziehungsrecht anſprechen kann [20]. Wenn dagegen

b. der leibliche Aſcendent ſein Kind, das er in der Gewalt hat, nicht einem extraneus, ſondern einem leiblichen Aſcendenten des Kindes, z. B. ſeinem mütterlichen Großvater in Adoption giebt, ſo treten die unter I. angeführten vollen Wirkungen der Adoption ein. Denn hier geht Juſtinian davon aus, daß ein ſolcher adoptans den Adoptirten nicht zur Unzeit emancipiren werde [21]. Das Gleiche ſoll auch

c. gelten, wenn der leibliche Großvater ſeinen Enkel, den er in der Gewalt hat (zwar nicht einem Aſcendenten desſelben, ſondern) einem extraneus (Fremden) in Adoption giebt, aber der Vater des Enkels noch lebt, alſo der Enkel von der großväterlichen Inteſtaterbſchaft ausgeſchloſſen iſt, ſomit ohnehin den Großvater nicht beerbt haben würde [22]. Ein ſolcher Fall aber kommt bei uns wohl nie vor [23].

In den Fällen unter Nr. 1. und Nr. 2. b. und c. nennen wir die Adoption eine adoptio plena, eine vollkommene Adoption.

III. Arrogatio. Dieſe iſt die Adoption eines Solchen, der nicht unter väterlicher Gewalt ſteht, alſo eines homo sui iuris [24]. Sie ſteht unter folgenden Grundſätzen.

1) Ihre Erforderniſſe ſind

a. Zuſtimmung des zu Arrogirenden, und wenn er noch unter Vormundſchaft ſteht, auch ſeines Vormunds [25];

b. Beobachtung einer andern Form, als bei der Adoption im engern Sinn. Bis in die Kaiſerzeiten mußte ſie in den comitia curiata durch einen Volksſchluß in Gegenwart der Partieen geſchehen [26].

---

[19] S. die angeführte cst. 10 pr. verbis: »ideo talem« ꝛc. und § 12; I. de adopt. 1, 11 § 2. Arndts § 425 Anm. 2.

[20] Vgl. Windſcheid Pand. § 24 Note 8. — Auch kann er nach dem Reichsgeſetz vom 6. Februar 1875 § 33 die Adoptivtochter nicht heirathen, ſo lange das Adoptivverhältnis dauert.

[21] Cst. 10 cit. pr. (verbis: »si vero pater« ꝛc.) und § 4 init.; I. h. t. 1, 11 § 2 (2te Hälfte); I. quib. mod. ius potestatis 1, 12 § 8.

[22] Cst. 10 cit. § 4. [23] Vgl. oben § 250 Nr. II 3.

[24] Arndts § 422 Note b. — Es iſt dies der häufigſte Fall der Adoption.

[25] Arndts § 422 Note f.

[26] Arndts l. c. Note c. — Deßhalb konnten Frauen nicht arrogirt werden, weil ſie in Volksverſammlungen nicht anweſend ſein durften; in der Regel auch nicht Unmün-

In den Kaiſerzeiten aber kam allmählich eine andere Form (neben der erſten) auf, durch welche dann im ſpäteren römiſchen Recht die erſtere ganz beſeitigt wurde, nämlich daß die Sache an den Regenten gebracht und durch ein Reſkript desſelben die Arrogation genehmigt wird (adoptio per rescriptum principis) [27].

c. Bei der arrogatio gelten nicht nur die allgemeinen materiellen Erforderniſſe der Adoption [28], ſondern auch noch beſondere [29]. Namentlich iſt bei der arrogatio das Intereſſe des Arrogirten nicht durch einen Hausvater vertreten; dieſes Intereſſe kann aber durch die Arrogation mannigfach gefährdet werden, beſonders wegen ihrer Wirkungen auf das Vermögen des Arrogirten. Deßhalb muß der (ordentliche) Richter (des zu Arrogirenden) vorher eine genaue causae cognitio darüber, ob dem arrogandus die arrogatio nicht nachtheilig ſei [30], anſtellen und iſt dann das Reſultat dieſer cognitio mit dem Geſuch der Partieen dem Regenten vorzulegen [31].

3) Die Wirkungen der arrogatio.

a. Dieſe ſind die vollen unter Nr. I. angegebenen Wirkungen [32].

b. Der Arrogirte erlangt daher durch die Arrogation auch die vollen Erbrechte an dem Adoptivvater und deſſen Agnaten, wie ein Blutsverwandter, und die gleichen Erbrechte erhalten die Letzteren an dem Arrogirten. Dabei behält aber natürlich der Arrogirte auch an ſeinen leiblichen Verwandten ſeine kognatiſchen Verwandtſchaftsrechte. Allein er verlor nach dem vorjuſtinianiſchen Recht das Inteſtaterbrecht, das er als Kind in der erſten prätoriſchen Klaſſe der liberi an ſeinen leiblichen Vater hatte, wenn er nicht vor des Vaters Tod vom Adoptivvater wieder emancipirt wurde; z. B. ein Hausvater emancipirt ſeinen leiblichen Sohn; dieſer iſt als emancipatus ſeines Vaters in der erſten prätoriſchen Klaſſe ſein Inteſtat-

---

dige; doch änderte Dieſes Antoninus Pius, indem er die Arrogation Unmündiger überhaupt geſtattete (und zwar per populum, Gaius Inst. I 99—102).

[27] Arndts l. c. Note d. — Bei dieſer Form können natürlich auch Frauen und Unmündige arrogirt werden. D. h. t. 1, 7 l. 21.

[28] S. Arndts § 423. [29] S. Arndts § 424 Note a—d.

[30] Beſonders über das bei Arndts § 424 Note a—d Bemerkte.

[31] D. h. t. 1, 7 l. 15 § 2. 3; l. 17 pr. § 3. 4.

[32] C. de patr. pot. 8, 48 cst. 10 § 5; Arndts § 425 Note a—f. Vgl. oben § 248 Nr. I 2. — Über einige deutſchrechtliche Modifikationen dieſer Wirkungen ſ. unten Nr. IV.

erbe und hat auch Notherbrechte an dem gewesenen Hausvater; wenn nun dieser emancipatus als homo sui iuris sich von einem Dritten arrogiren ließ, so verlor er jenes Kindeserbrecht an seinem leiblichen Vater, da er nun in aliena familia war und erlangte es nur dann wieder, wenn er zu Lebzeiten seines leiblichen Vaters vom pater arrogator emancipirt wurde [33]. Dies änderte aber Justinian in Nov. 118 und 115; denn nach dieser wird weder durch die Arrogation noch durch die Adoption im engeren Sinn in den Erbrechten des Arrogirten an dem leiblichen Vater Etwas geändert [34].

c. Ein Arrogirter konnte zur Zeit der Arrogation eigenes Vermögen haben, da er sui iuris war. Nach dem älteren römischen Recht verlor er dieses Vermögen durch die Arrogation; denn er wurde durch die Arrogation Hauskind des arrogator; da aber ein Hauskind, ausgenommen das castrense peculium, nichts Eigenes haben konnte, sondern Alles, was es hatte und erwarb, dem Hausvater gehörte, so mußte sein ganzes aktives Vermögen mit Ausnahme der bona castrensia dem arrogator ins unbeschränkte bleibende Eigenthum zufallen, jedoch mit der Verbindlichkeit, die Schulden, die der arrogatus hatte, aus dessen Vermögen, so weit es reicht, zu bezahlen [35]. Allein nach dem späteren römischen Rechte und bei uns behält der Arrogirte sein Vermögen, weil die aktive Vermögensunfähigkeit der Hauskinder (allmählich) beseitigt wurde [36]; es wird peculium adventitium desselben. Der arrogator bekommt daher daran bloß, so lange die Gewalt dauert, den Nießbrauch und die Verwaltung [37].

d. Arrogatio impuberis. Als in den Kaiserzeiten die Arrogation Unmündiger zugelassen wurde, war es namentlich wegen des unter Lit. c. Angeführten rathsam, durch besondere Normen den Unmündigen, den ein Dritter arrogiren wollte, gegen jeden möglichen Nachtheil zu sichern. Dies geschah von Antoninus Pius durch die Bestimmungen über die sog. quarta Divi Pii [38]. Wenn aber der im-

---

[33] Dann galt er als emancipatus des leiblichen Vaters. — Seine fognatischen Erbrechte in der dritten prätorischen Klasse an dem Vater behielt er. I. de hered. quae ab int. 3, 1 § 10—13.

[34] Hierüber s. das Erbrecht.

[35] I. de acquis. per arr. 3, 10 § 1 u. 3; D. de adopt. 1, 7 l. 15 pr.; de castr. pec. 49, 17 l. 4 § 2. Vgl. Gaius Inst. III 82—84.

[36] S. unten § 255. [37] S. I. l. c. § 2.

[38] S. Arndts § 424 bei Note f—h und § 607.

pubes während der Dauer der Adoption in die Pubertät tritt, so fallen diese Besonderheiten weg; er hat eben dann die gewöhnlichen Intestat- und Notherbrechte eines Hausſohns an den arrogator; zeigt es ſich aber, daß die Arrogation ihm *nachtheilig* war, ſo kann er durch eine in integrum restitutio gegen die Arrogation Wiederherſtellung ſeines früheren Rechtszuſtandes verlangen [39].

IV. *Gemeinſames* über arrogatio und adoptio plena.

1) In den Fällen, in welchen die vollen Wirkungen der Adoption eintreten, alſo bei der arrogatio und adoptio plena, wird (nach dem unter Nr. I. Angeführten) auch zwiſchen den *Agnaten* des Adoptirenden (z. B. ſeinen Kindern) und dem Adoptirten (auch in der Seitenverwandtſchaft) eine bürgerliche Verwandtſchaft begründet, mit allen Wirkungen einer legitimen Verwandtſchaft, namentlich auch in Beziehung auf gegenſeitige Erbrechte [40].

2) Eine Perſon, welche eine *ſelbſtändige Lebensſtellung* hat, z. B. eine verheirathete Frau oder ein aus eigenen Mitteln lebender Mann kann nach deutſchem Recht nicht unter väterlicher Gewalt ſtehen [41], alſo auch nicht durch Adoption unter väterliche Gewalt *kommen* [42]. Wird daher eine ſolche Perſon von Jemandem arrogirt oder plene adoptirt, ſo wird zwar dadurch ein vollberechtigendes Deſcendenten- und Aſcendentenverhältnis begründet und treten überhaupt die vollen Wirkungen der Adoption ein, nur mit der Ausnahme, daß der Adoptirende nicht die väterliche Gewalt über ſie erwirbt. Hieraus folgt auch: wenn ein aus eigenen Mitteln ſelbſtändig lebender Mann, welcher Kinder in ſeiner Gewalt hat, ſich von einem Dritten arrogiren läßt, ſo gilt auch das eben Geſagte, d. h. er und ſeine *Kinder* treten zum Adoptirenden ganz in ein legitimes Deſcendenten-

---

[39] D. de adopt. 1, 7 l. 32. 33.

[40] Dies wollen Manche nach gemeinem *deutſchen* Recht *verneinen* (ſ. *Arndts* § 425 Anm. 1). Allein es iſt völlig unerweislich, daß das *gemeine* deutſche Recht hierin am (recipirten) römiſchen Recht Etwas änderte. Bloß *die* Beſchränkung iſt jetzt gemeinrechtlich, daß das durch Adoption begründete Ehehinderniß bloß zwiſchen der *adoptirenden* und *adoptirten* Perſon gilt, und zwar nur ſo lange das Adoptivverhältnis dauert (*Reichsgeſetz* vom 6. Februar 1875 § 33 Nr. 4).

Einzelne *Partikularrechte* beſchränken die durch Adoption begründete Verwandtſchaft und ihre Wirkungen bloß auf den adoptans und den Adoptirten.

[41] Vgl. oben § 250 Nr. II 3.

[42] Eben weil ſie in einem Verhältnis ſteht, durch welches die väterliche Gewalt ausgeſchloſſen wird.

verhältnis; aber seine Kinder bleiben in seiner Gewalt und kommen nicht in die des arrogator, weil er selbst nicht in diese kommt[43].

3) Das Adoptivverhältnis wird mit seinen Wirkungen für die Zukunft ganz aufgehoben

a. dadurch, daß der adoptans sein Adoptivkind einem Dritten in Adoption giebt (Lit. A. Nr. II 1);

b. dadurch, daß der adoptans den Adoptirten emancipirt[44].

Wohl zu beachten ist aber, daß, wenn die väterliche Gewalt des Adoptivvaters über das Adoptivkind auf andere Weise, z. B. durch separata oeconomia aufgehoben wird, dabei das Adoptivverhältnis mit allen seinen Wirkungen fortbestehen bleibt, nur daß der Adoptivvater nicht mehr die väterliche Gewalt über den Adoptirten hat[45].

4) Für Auslegung einer Privat-Disposition, z. B. eines Testaments ist von Wichtigkeit, daß, wenn in einem solchen Etwas festgesetzt wurde für den Fall, daß Jemand Kinder bekomme oder nicht bekomme, dies nicht auf Adoptivkinder, sondern bloß auf leibliche zu beziehen ist[46].

B. Adoption durch eine Frau. Nach dem späteren römischen Recht kann auch eine Frau mit Zustimmung des Regenten (also per rescriptum principis) Jemanden (weiblichen oder männlichen Geschlechts) adoptiren. Über die Wirkung einer solchen Adoption sagen die Quellen[47] bloß: der Adoptirte komme dadurch zur Frau in das Verhältnis einer legitima soboles[48]. Hieraus ergiebt sich, daß durch die Adoption zwischen der Frau und dem Kinde (und dessen Verwandten) ein rechtliches, dem ehelichen ganz gleichstehendes Mutter- und Kindesverhältnis begründet wird, also namentlich gegenseitige Alimentations- und Intestat- und Notherbrechte. Auch wird da-

---

[43] Es gilt also bei uns hier nicht das von Arndts § 425 bei Note f Gesagte. — Es ist dies eine wichtige Modifikation, welche von Civilisten und Germanisten häufig übersehen wird.

[44] S. unten § 252 Nr. VI. — Dieses kann er auch wider Willen des Adoptirten thun, was Manche (namentlich auch Arndts § 427 Anm. 2) mit Unrecht verneinen. Cod. de adopt. 8, 48 cst. 10 pr. Vgl. Dangerow Pand. § 257 Nr. 2 (der Anm.).

[45] Gerade wie beim leiblichen Vater, dessen Descendent durch separata oeconomia aus der Gewalt ausgetreten ist.

[46] Wenn nicht das Gegentheil festgesetzt wurde. D. de cond. et demonstr. 35, 1 l. 76; de legat. II (31) l. 51 § 1.

[47] Cod. de adopt. 8, 48 cst. 5. Es ist dies unbegreiflicherweise bestritten.

[48] Oder eines »naturalis legitimusque filius« (legitimus = civilrechtlich).

durch ein Ehehindernis zwischen der Frau und dem Adoptivsohne begründet[49].

Von der Adoption ist wesentlich verschieden

1) die Pflegkindschaft, d. h. wenn Jemand für Erziehung und Pflege eines fremden Kindes sorgt und es zu diesem Zwecke zu sich nimmt. Diese Annahme eines Pflegkindes (alumnus) erzeugt gar keine rechtlichen Familienverhältnisse, also auch kein Erbrecht[50]; auch keine sonstige Verpflichtung des Annehmenden (nutritor), außer wenn er sich durch Vertrag zu etwas Bestimmten verbindlich machte; in so weit dieses Letztere der Fall ist, wird dann eine obligatio ex pacto begründet.

Nur im Strafrecht wird bei einigen Fragen mit Recht das Verhältnis eines Pflegkindes berücksichtigt[51].

2) Die deutschrechtliche Einkindschaft (unio prolium). Es ist dies eigentlich ein Erbvertrag, durch den, wenn Jemand aus früherer Ehe Kinder hat und zu einer zweiten Ehe schreitet, zwischen diesen Kindern und dem Stief-parens derselben (dem zweiten Gatten) ein Erbrecht, wie bei leiblichen Kindern begründet werden soll[52].

Beendigung der väterlichen Gewalt.

§ 252.

(Arndts §§ 426. 427.)

Die väterliche Gewalt endigt

I. selbstverständlich durch den Tod des Hausvaters oder den des Hauskindes[1];

II. dadurch, daß der Hausvater sein Hauskind einem Anderen in volle Adoption giebt[2];

III. in manchen Fällen zur Strafe des Hausvaters[3];

---

[49] Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 § 33 Nr. 4.

[50] Cod. commun. de success. 6, 59 cst. 10.

[51] S. z. B. Reichsstrafgesetzbuch § 52, § 174, § 247, § 257, § 263.

[52] Das Nähere hierüber gehört in das Germanicum.

[1] Hat der Hausvater seinen Sohn und die Kinder desselben in seiner Gewalt und stirbt: so fallen die Letzteren (seine Enkel) in die Gewalt ihres Vaters (Arndts § 427 Abs. 1), d. h. seines Sohnes. Ein solcher Fall kommt bei uns beinahe nie vor, vgl. oben § 250 Nr. II 1. 3.

[2] S. oben § 251 Lit. A. Nr. II.

[3] S. Arndts § 426 Nr. 2.

IV. durch sog. separata oeconomia nach deutschem Recht[4];

V. durch Erlangung von Staatsämtern oder von hohen Würden wird der Hausſohn in der Regel nicht von der Gewalt frei[5];

VI. durch Emancipation, d. h. einen Rechtsakt, durch welchen der Hausvater ſein Hauskind aus der väterlichen Gewalt entläßt (und dadurch die väterliche Gewalt aufhebt).

1) Die Erforderniſſe einer Emancipation ſind:

a. freier Wille des Hausvaters. Doch giebt es einige Fälle, in denen er zur Emancipation gezwungen werden kann[6];

b. daß das Kind nicht widerſpricht[7]. Nur ein adoptirtes Kind kann auch wider ſeinen Willen emancipirt werden[8];

c. daß eine gewiſſe Form beobachtet wird. Dieſe war im älteren römiſchen Recht eine ſehr komplicirte[9]. Nach dem neueſten römiſchen Recht und bei uns ſind es zwei Formen, zwiſchen welchen der Hausvater die Wahl hat; entweder per rescriptum principis (ſog. emancipatio Anastasiana) oder durch Erklärung vor Gericht (ſog. emancipatio Iustinianea)[10].

2) Die Wirkung der Emancipation

a. beſteht in der Aufhebung der väterlichen Gewalt. Der emancipatus wird nun sui iuris. Aber der Agnationsverband, in welchem er mit dem Hausvater und deſſen Agnaten ſtand, wurde dadurch aufgelöſt, wobei er eine capitis deminutio minima erlitt[11]. Letzteres hatte aber ſchon im neueſten römiſchen Recht, abgeſehen von dem Falle unter b, keine praktiſche Bedeutung mehr[12].

---

[4] Darüber ſ. oben § 250 Nr. II 3.

[5] Das ältere römiſche Recht machte nur für einige geiſtliche Würden (flamen dialis und Veſtalin), und die chriſtlichen Imperatoren für die Biſchofswürde und einige andere hohe Würden und Ämter eine Ausnahme (ſ. Arndts § 426 Note k.). Von dieſen Würden aber kommt bei uns nur noch die Biſchofswürde vor. Allein dieſer Punkt iſt bei uns deßhalb ohne Bedeutung, weil der Sohn, bis er ein hohes Amt erlangt, längſt durch separata oeconomia von der väterlichen Gewalt frei geworden ſein wird.

[6] S. Arndts § 427 bei Note k—m und oben § 251 Lit. A Nr. III a. E. bei Anm. 39.

[7] Cod. de emancipat. 8, 49 cst. 5 a. E.; Nov. 89 praef.

[8] Zwar verneinen dies Viele (auch Arndts § 427 Anm. 2), aber mit Unrecht. Cod. de adopt. 8, 48 cst. 10 pr. a. E. Mangeraw Pand. § 257 Anm. 2. Auch die Beſtimmungen über den impubes arrogatus ſind entſchieden dafür, was von den Gegnern nicht beachtet wird.

[9] Vgl. l. quib. mod. potest. solv. 1, 12 § 6; Gaius Inst. 1 § 132.

[10] S. Arndts § 426 Nr. 5. [11] S. oben § 248 Nr. I 2.

[12] Vgl. oben § 248 Nr. II. — Das Gleiche iſt der Fall mit dem Patronat, welches dem emancipirenden Vater als »parens manumissor« über das emancipirte

b. Von besonderer Bedeutung aber ist die Emancipation bei einem Adoptirten. Denn hier wird das ganze durch die Adoption begründete Verhältnis überhaupt mit allen seinen Wirkungen durch die Emancipation für die Zukunft aufgehoben.

Auf diese Weise kann selbst eine adoptio minus plena wieder aufgehoben werden, obwohl bei ihr der adoptans keine väterliche Gewalt hat[13].

Rechtliche Wirkungen der väterlichen Gewalt überhaupt und in Beziehung auf die Person der Hauskinder.

§ 253.

(Arndts § 428.)

Der Charakter der väterlichen Gewalt war im älteren römischen Recht ein ganz anderer, als im älteren deutschen Recht. Zwar faßten die Römer die Gewalt des Hausvaters nicht, wie manche Civilisten, besonders Ältere, glaubten, als dominium (Eigenthum) am Kind auf[1], sondern bloß als eine Herrschaft über einen Freien, aber als die eigennützige Herrschaft eines unbeschränkten Herrschers, sowohl über die Person der Kinder (bis zu dem Recht über Leben und Tod), als über Alles, was sie hatten, indem alle Erwerbungen, welche ein Hauskind machte, unbedingt dem Vater zufielen. Allein dieser Charakter (der römischen väterlichen Gewalt) änderte sich allmählich ganz in den Kaiserzeiten (mit der steigenden Kultur und je mehr sich das römische Recht zum Weltrecht ausbildete). Die Herrschaft des Hausvaters

---

Kind zukam, und worüber das Genauere in die Rechtsgeschichte gehört; s. I. quib. mod. potestas solv. 1, 12 § 6. Das Patronat gab nämlich dem parens einen Vorzug bei der Berufung zur Vormundschaft über das Kind und zu seiner Erbschaft. Allein mit Recht nahm die deutsche Praxis stets an, daß es bei uns unpraktisch sei (sie ignorirte es ganz) und in der That ergiebt sich schon aus Nov. 118 cap. 4 u. 5, daß Justinian weder im Erbrecht noch bei der Vormundschaft ein besonderes Recht eines parens manumissor als solchen bestehen lassen wollte; vgl. auch Arndts § 477 Anm. 3 und § 607 Anm. 3. — Übrigens sind bei uns Emancipationen eines leiblichen Hauskindes sehr selten, weil in dem Alter (und unter den Verhältnissen) eines Kindes, in welchem man am ehesten an eine Emancipation denken könnte, nach unserem Gewohnheitsrecht das Kind meist von selbst von der Gewalt frei werden wird (s. oben Nr. IV).

[13] Cod. de adopt. 8, 48 cst. 10 § 2.

[1] Dies ergiebt sich schon aus D. de V. S. 50, 16 l. 215.

über die Person der Kinder wurde am Ende reducirt auf die Rechte und Stellung eines schützenden (und erziehenden) Familienhauptes[2], und auch in den Vermögensverhältnissen wurde im neuesten römischen Recht[3] eine aktive Vermögensfähigkeit durchaus anerkannt und dem Vater in der Regel nur sehr beschränkte Rechte an den Erwerbungen der Hauskinder eingeräumt.

So war am Ende unter Justinian das römische Recht über väterliche Gewalt in einer Weise umgebildet, bei der es mit dem deutschen Rechte nicht im wesentlichen Widerspruche stand.

Das deutsche Recht nämlich ging zwar bei der Gewalt des Vaters von jeher von einem anderen Gesichtspunkte aus, als das ältere römische Recht, nämlich lediglich von dem Gesichtspunkte des erziehenden und schützenden Familienhauptes. Die Kinder waren im mundium des Hausvaters, unter seinem Schutz, und aus diesem Grunde (so weit es zum Zwecke des Schutzes nöthig war) unter seiner Herrschaft. Allein diese schützende Gewalt (über die Person der Kinder) des alten deutschen Rechts war beinahe eben so roh und ausgedehnt, wie im früheren römischen Recht die Herrschaft des Hausvaters[4], wurde aber auch allmählich immer mehr gemildert und so waren die wesentlichsten Differenzen zwischen römischem und deutschem Recht am Ende des Mittelalters ziemlich ausgeglichen, und daraus erklärt es sich, wie mit der Reception des römischen Rechts überhaupt auch die Grundsätze desselben über väterliche Gewalt vollen Eingang in Deutschland fanden.

Hiernach gilt gemeinrechtlich über die Wirkungen der väterlichen Gewalt das justinianische römische Recht[5] mit sehr wenigen Modifikationen[6].

---

[2] Mit Ausnahme des bei Arndts l. c. bei Note c angeführten Punktes, vgl. oben § 43 (Th. I S. 203).

[3] Abgesehen vom peculium profectitium.

[4] Vgl. v. Gerber Deutsches Privatrecht § 242. Kraut Die Vormundschaft nach deutschem Recht Bd. II S. 602 f.

[5] Vgl. v. Gerber l. c.

[6] Denn es gilt bei uns nicht das bei Arndts Note c angeführte Recht (Verkauf des neugeborenen Kindes); und in dem Geiste des deutschen Rechts (daß die väterliche Gewalt auf ein Schutzrecht und eine Schutzpflicht gebaut sei) lag, daß mit dem Aufhören der Schutzbedürftigkeit und dem Eintritt ökonomischer Selbständigkeit auch die väterliche Gewalt aufhören müsse. Daraus entwickelte sich der oben in § 250 Nr. II 3 ausgeführte Grundsatz.

Außerdem wurden einzelne Rechte, die der Hausvater über die Person der Kinder hat, zu einem Elternrechte überhaupt ausgedehnt, so daß sie auch dem Vater

Zu denselben ist aber noch Folgendes zu bemerken:

1) Das Züchtigungsrecht des Hausvaters darf nicht bis zum Nachtheil der Gesundheit des Kindes ausgeübt werden; wenn er aber eine bedeutendere Züchtigung für nöthig hält, so kann er[7] die Obrigkeit zu diesem Zweck um Unterstützung angehen[8]. Übrigens kann der Richter auch bei Lebzeiten des Vaters aus triftigen Gründen das Erziehungsrecht ausschließlich der Mutter übertragen[9].

2) Zur Verheirathung bedurfte nach dem früheren gemeinen Recht das Kind der Einwilligung des Hausvaters[10]. Die meisten deutschen Partikularrechte aber trennten dieses Erfordernis so zu sagen von der väterlichen Gewalt, d. h. sie erforderten Einwilligung des legitimen Vaters überhaupt, und nach ihm (wenn der Vater nicht mehr lebt) der Mutter und zwar ohne Rücksicht auf das Alter des Kindes.

Hieran schließt sich das Reichsgesetz über die Civilehe[11] theilweise an. Nach ihm bedürfen legitime Kinder[12], und zwar Söhne, so lange sie das 25., Töchter, so lange sie das 24. Lebensjahr noch nicht zurückgelegt haben, der Einwilligung des Vaters, nach dem Tod desselben der Einwilligung der Mutter; uneheliche Kinder innerhalb des genannten Alters bloß der Einwilligung der Mutter.

---

nach Auflösung der Gewalt, und auch der Mutter, jedoch in Unterordnung unter den Willen des Vaters gegeben wurden. Vgl. Arndts l. c. bei Note d.

Hiernach reduciren sich die Wirkungen der väterlichen Gewalt in Beziehung auf die Person auf die bei Arndts § 428 (mit Ausnahme des bei Note c) angeführten Rechte.

[7] Nach Cod. de patria potest. 8, 47 cst. 3, die auch bei uns noch ganz gilt.

[8] Diese hat dann zu untersuchen, ob die vom Vater gewünschte Züchtigung einer vernünftigen elterlichen Kastigation nicht entgegen sei, und wenn sie dies so findet, dieselbe im Namen des Vaters zu exequiren, z. B. auf seinen Wunsch den Sohn einige Zeit in Haft zu setzen.

Übrigens ist das Züchtigungsrecht kein ausschließliches Recht des Hausvaters; denn Jeder hat es, der das Erziehungsrecht hat; z. B. die Mutter, wenn der Vater nicht mehr lebt. Cod. de emend. propinq. 9, 15 cst. un. Aber in der Ehe hat stets der Hausvater die entscheidende Stimme, sowohl hierin, als namentlich auch bei der Bestimmung der Laufbahn des Kindes. Ebenso bei Bestimmung der Religion in gemischter Ehe; nur darf das Kind, wenn es die sog. Unterscheidungsjahre erreicht, wofür man gemeinrechtlich das zurückgelegte 14. Jahr annimmt, selbst entscheiden, zu welcher Religion (des einen oder andern Theils) es treten will.

[9] Arndts l. c. Note a.

[10] Arndts l. c. Note d.

[11] Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 § 29. 30.

[12] Eheliche Kinder, denen auch die legitimirten gleichstehen; ohne Rücksicht auf väterliche Gewalt.

Einfluß der väterlichen Gewalt auf die Vermögensverhältniſſe.

Das ältere Recht bis zu Kaiſer Konſtantin.

§ 254.

(Arndts §§ 429—435.)

In dieſer Lehre[1] weicht das ſpätere römiſche Recht, wie es ſich in den Zeiten der chriſtlichen Kaiſer bildete und bei uns gilt, ganz weſentlich von dem älteren Rechte ab, alſo namentlich auch von dem Recht, das zu den Zeiten der klaſſiſchen römiſchen Juriſten, die in den Digeſten excerpirt ſind, galt. Es ſind daher in dieſer Hinſicht Juſtinians Digeſten mit großer Vorſicht für das praktiſche Recht zu benutzen, da ſie viel Antiquirtes enthalten und hiernach iſt dieſes ältere Recht genau zu unterſcheiden vom neueſten und bei uns geltenden römiſchen Recht.

Das Princip des älteren römiſchen Rechts ging einfach dahin: den Hauskindern fehlte ſo zu ſagen die aktive vermögensrechtliche Perſönlichkeit; ſie ging ganz im Hausvater auf. Sie konnten zwar Erwerbungen jeder Art machen, aber nicht eigenes Vermögen haben. Was ſie (daher) erwarben, gehörte nicht ihnen, ſondern ihrem Hausvater, wie Alles, was ein Sklave erwarb, ſeinem Herrn gehörte[2]. Hiernach galt im älteren römiſchen Recht im Weſentlichen Folgendes:

I. Erwerbungen der Hauskinder. — Alles, was ein Hauskind erwarb, fiel ſofort ſeinem Hausvater zu, ſeien es einzelne Sachen (Geſchenke von Dritten u. ſ. w.) oder Forderungen gegen Dritte oder ein ganzes fremdes Vermögen, z. B. wenn einem Hauskind eine Erbſchaft zufiel (etwa von ſeiner Mutter, ſo gehörte ſie dem Vater, ſo bald auf ſein Geheiß das Kind ſie angetreten hatte[3].

Die Hauskinder konnten daher, ſo fern es ſich bloß von Erwerbungen handelte, ganz gültig ohne Weiteres als Stellvertreter ihres Hausvaters handeln, z. B. einen Vertrag, den ſie für den Vater

---

[1] S. beſonders G. Mandry Das gemeine Familiengüterrecht mit Ausſchluß des ehelichen Güterrechts (1871. 1876).

[2] I. per quas pers. nob. adq. 2, 9 pr. § 1. 3; quod cum eo, qui in al. pot. 4, 7 § 6; vgl. D. de stip. serv. 45, 3 l. 40. — Nur das castrense peculium (ſ. unten Nr. V) machte eine Ausnahme.

[3] S. die angeführten Stellen und D. de adquir. hered. 29, 2 l. 79.

(als Stellvertreter) abſchließen wollten, auf ihren Namen oder auf den Namen ihres Vaters eingehen, weil dieſer das dem Kinde Zugeſagte ſogar dann erwarb, wenn es für ſich ſelbſt auf eigenen Namen kontrahirte; und eben ſo konnte der Vater ganz gültig ein Geſchäft auf den Namen des Kindes ſchließen, und erwarb aus demſelben das Zugeſagte, weil es ja gleichgültig war, ob er oder das Kind erwarb, da ihm ja doch auch im letzteren Falle Alles zufiel[4].

II. Verpflichtungsfähigkeit der Hauskinder (paſſive Vermögensfähigkeit). — Dieſe kam ihnen durchaus zu. Sie waren durch die väterliche Gewalt nicht gehindert, Schulden zu kontrahiren und zu haben. Nur mußten ſie, wenn ſie ſich durch Rechtsgeſchäfte verpflichten wollten, das verpflichtungsfähige Alter haben, das aber nach römiſchem Recht ſchon mit der Pubertät eintrat[5]. Sie konnten auch wegen ihrer Schulden vom Gläubiger verklagt und konnten verurtheilt werden[6]. Wenn ſie aber verurtheilt wurden, ſo konnte der Gläubiger keine Exekution verlangen, weil ſie kein eigenes Vermögen haben konnten; er mußte alſo eben warten, bis ſie eigenes Vermögen erwerben konnten, alſo bis ſie (namentlich durch Tod des Vaters) von der Gewalt frei wurden[7].

III. Das peculium der Hauskinder (im früheren römiſchen Recht). — Der Ausdruck bezeichnet überhaupt ein kleines Vermögen[8]; namentlich im Gegenſatz zu anderem Vermögen: ein von dieſem abgeſondertes; ein beſonderes, dem Hauskind überlaſſenes Vermögen, das von dem des Hausvaters äußerlich getrennt iſt[9], ein Sondergut des Kindes.

Bei den Römern hatte ein Hausvater viele Veranlaſſung, ſeinem Hauskind ein ſolches Vermögen zur ſelbſtnützigen Verwaltung und zur Beſtreitung ſeiner Bedürfniſſe zu geben. Denn die Gewalt dauerte

---

[4] Deßhalb ſagen die Quellen: in dieſer Hinſicht gelte die vox filii gleich der vox patris und umgekehrt. I. de stip. serv. 3, 17 § 1; I. de inut. stip. 3, 19 § 4 a. E.; D. de V. O. 45, 1 l. 38 § 17, l. 39. 40, l. 45 § 4, l. 130; de solut. 46, 3 l. 95 § 5; Cod. de contrah. stip. 8, 38 cst. 2.

[5] D. de minor. 4, 4 l. 3 § 4; de pecul. 15, 1 l. 44. 45; de O. et A. 44, 7 l. 39; de iudic. 5, 1 l. 57. Vgl. oben § 48 (Th. I S. 219 f.).

[6] D. l. 39 cit. und quod cum eo, qui in al. pot. 14, 5 l. 2 pr. — Eine Modifikation machte nur das SC. Macedonianum, ſ. oben § 197.

[7] D. l. 5 pr. cit. und de minorib. 4, 4 l. 3 § 4. Vgl. beſonders Mandry a. a. O. S. 403 ff.

[8] Quasi patrimonium pusillum. D. de pecul. 15, 1 l. 5 § 3.

[9] Alſo peculium filii familias (servi etc.), I. de act. 4, 6 § 10.

in der Regel bis zu des Vaters Tod. Es blieb daher auch der erwachsene Sohn, selbst der verheirathete und der Staatsbeamte, in der Gewalt des Vaters, wenn der Vater ihn nicht emancipirte. Hier wäre es mehr als ungeeignet gewesen, wenn der Hausvater für einen solchen Hausſohn stets die täglichen Bedürfnisse unmittelbar bestritten und ihm nicht äußerlich eine selbständigere Stellung gegeben hätte. Auch wäre das Hauskind selbst in den höchsten Staatsämtern beinahe kreditlos gewesen, wenn es nicht einiges Vermögen zu seiner Disposition in Händen gehabt hätte. Der Hausvater gab ihm daher in der Regel ein Vermögen, mit dem der Hausſohn seine Bedürfnisse selbständig bestreiten, sich etabliren, ein Haus machen, ein Gewerbe treiben, seine Familie erziehen und versorgen konnte (so daß er Kredit bei Anderen erhielt). In ähnlicher Weise gaben oft auch die Herren ihren Sklaven ein solches peculium, bei welchem im Wesentlichen Dasselbe galt, was bei dem peculium des Hauskindes[10].

Über dieses peculium galt Folgendes:

1) Peculium war Alles, was der Hausvater aus seinem Vermögen[11] dem Hauskinde gab oder überließ, damit dieses es für sich zu selbstnützigen Zwecken, gleichsam wie ein eigenes Gut[12], haben sollte.

2) Ein solches peculium bildete ein besonderes Vermögen (universitas), welches faktisch als Vermögen des Hauskindes behandelt wurde, aber rechtlich nicht ihm, sondern dem Hausvater gehörte (ein Theil des Vermögens des Hausvaters war), da jeder Erwerb des Hauskindes dem Vater zufallen mußte, also auch Das, was das Kind vom Vater erhielt, dem Vater verblieb. Deßhalb war der Hausvater Eigenthümer und possessor der in den Händen der Kinder befindlichen Pekulienſachen[13], und konnte der Hausvater das peculium jeden Augenblick willkürlich wieder an sich ziehen[14]; auch durfte das Kind die Pekulienſachen nicht veräußern[15]; außer wenn der Vater ihm die

---

[10] So daß, was in den Quellen von dem einen peculium gesagt ist, auch auf das andere anzuwenden ist. l. quod cum eo 4, 7 § 6; D. de pecul. 15, 1 l. 1.

[11] Dazu gehörte auch Alles, was das Hauskind erworben hatte, s. oben Nr. I.

[12] Quasi proprium patrimonium. D. de pecul. 15, 1 l. 5 § 4, l. 4 pr. § 2, l. 8, l. 39. 40. l. 47 § 6. Arndts § 430 bei Note c—h.

[13] Das Kind war nur detentor, trotz des etwaigen animus domini; jene große Anomalie.

[14] D. de pec. 15, 1 l. 8 a. E.; l. 40 a. E.; l. 45.

[15] Also nicht verpfänden; auch überhaupt nicht die zu dem peculium gehörigen Rechte auf Andere übertragen oder sie mindern, sondern nur sie verwalten, die Revenuen aus ihnen ziehen ꝛc.

freie Verwaltung (libera administratio) oder wenigstens[16] noch ausdrücklich die Verwaltung des peculium eingeräumt hatte; doch kann es auch im letzteren Falle das peculium nicht durch Schenkungen vermindern, außer der Vater hätte auch dieses ihm besonders gestattet[17].

3) Dabei galt aber eine wichtige Beschränkung des Vaters, nämlich die, daß er gestatten mußte, daß die Schulden des Kindes aus dem peculium bezahlt werden, d. h. wenn das Hauskind, dem ein peculium gegeben war, Schulden kontrahirte, so konnten die Gläubiger gegen den Vater die Klage, die sie aus der Obligation des Kindes gegen das Kind hatten, mit dem Beisatze de peculio, oder wenn er ihm das peculium zum Betrieb eines Handels oder anderen Gewerbes gegeben hatte, mit dem Beisatze tributoria anstellen. Mit der ersteren Klage konnten sie vom Vater verlangen, daß er ihm Befriedigung aus dem peculium, so weit dies zur Zeit des Urtheils reicht (also peculio tenus) gestatte, und mit der actio tributoria konnten die Gläubiger des Kindes ihre Befriedigung aus Dem verlangen, was das Kind zu dem Geschäftsbetrieb erhielt und durch denselben erworben hatte; jedoch konnte bei der ersteren Klage der Vater seine eigenen Forderungen an das Kind (s. unten Nr. IV.) vorher abziehen, bei der letzteren Klage wenigstens sie wie ein anderer Gläubiger geltend machen[18]. Diese Klagen fanden gegen den Vater auch dann, wenn er das peculium wieder eingezogen hatte, statt, wegen der Schulden, die das Hauskind vor der Einziehung kontrahirt hatte[19].

4) Wurde die Gewalt aufgelöst und zwar

a. durch den Tod des Hauskindes, so verblieb das peculium eben dem Vater, weil es ihm ja schon an sich gehörte. Er behielt es nicht iure heredis[20], sondern iure patris (iure peculii). Nur konnten die unter Nr. 3. angeführten Klagen (wegen Schulden des

---

[16] Nach Interpretation der römischen Juristen.

[17] D. de pec. 15, 1 l. 46, l. 48 § 1; de pign. act. 13, 7 l. 18 § 4, l. 19; de donat. 39, 5 l. 7 pr. § 1—5.

[18] S. Arndts § 247 Nr. 3 und I. quod cum eo etc. 4, 7 pr. § 3. 4. 6.

[19] D. de pec. 15, 1 l. 21, l. 29 § 1, l. 47 pr. — Natürlich haftet dabei das Hauskind selbst stets für seine Schulden, bis sie getilgt sind (das Kind in solidum, der Vater peculio tenus); D. de pecul. l. 44. 45.

[20] Das Kind konnte darin keinen Erben haben, da es ihm nicht gehörte.

Kindes) noch ein Jahr lang gegen den Vater peculio tenus angestellt werden[21].

b. Durch des Vaters Tod. In diesem Falle bildet das peculium eben einen Theil des väterlichen Nachlasses, fällt also mit der Lit. a. am Ende angeführten Verbindlichkeit den Erben des Vaters zu, also dem Kinde nur, wenn und so weit es Erbe des Vaters wurde (wenn der Vater es nicht dem Kinde, was häufig vorkam, vermachte[22].

Nur wenn der Vater dem Kinde Gegenstände gegeben hatte in der Absicht, ihm eine eigentliche Schenkung damit zu machen, so wurde (im Laufe des 3. Jahrhunderts) die Schenkung, wenn der Vater sie nicht widerrufen hatte, durch dessen Tod als eine gültige mortis causa donatio behandelt und das Kind behielt als solche das Geschenkte[23].

c. Wurde die Gewalt auf andere Weise aufgelöst, z. B. durch Emancipation, so konnte der Vater das peculium vorher an sich ziehen und es galt dann das unter Lit. a Gesagte. That er es nicht, so fällt es nun in das Eigenthum des Kindes[24].

IV. Vermögensrechtliche Obligationen zwischen Hausvater und Hauskindern waren juristisch eigentlich unmöglich, weil ja Alles, was das Kind erwarb, dem Vater gehörte, also z. B. wenn der Vater eine Schuld gegen das Kind kontrahiren würde, die Forderung, die das Kind an ihn hätte, sofort dem Vater gehören, er also die Schuld sich selbst schuldig sein würde. — Der Hausvater konnte dem Kinde so wenig obligirt werden, als sich selbst, und ebenso das Kind dem Vater, weil ja Alles, was das Kind hatte, dem Vater schon an sich gehörte[25].

Aber faktisch konnten doch in Beziehung auf das peculium Schuldverhältnisse zwischen ihnen bestehen und dies hatte auch einige rechtliche Wirkungen als eine Art von obligatio naturalis[26].

Wenn nämlich zwischen ihnen eine solche Thatsache vorfiel, durch

---

[21] D. quando de pecul. act. 15, 2 l. 1 pr. § 1—4, l. 2 pr.; Cod. quod cum eo ꝛc. 4, 26 cst. 7 i. A. — Savigny Syst. II S. 75.

[22] D. l. c. l. 1 § 4 a. E.; Cod. de fam. herc. 3, 36 cst. 13; de collat. 4. 20 cst. 12.

[23] S. die Stellen bei Arndts § 430 Note c.

[24] D. de pecul. 15, 1 l. 53; de donat. 39, 5 l. 31 § 2; Cod. de donat. 8, 54 cst. 17.

[25] Deßhalb keine Klage, kein vermögensrechtlicher Proceß zwischen Vater und Kindern außer in Beziehung auf Dotations- und Alimentationspflicht. D. de furt. 47, 2 l. 16; de iudic. 5, 1 l. 4; de C. E. 18, 1 l. 2 pr.; I. de inut. stip. 3, 19 § 6.

[26] S. Arndts § 435 erster Abs.

welche unter anderen Personen eine Obligation begründet würde, z. B. der Vater giebt dem Kinde ein Darlehn (das Kind wird also faktisch sein Schuldner) oder das Kind leiht aus seinem peculium ihm Geld, so hat ein solches faktisches Verhältnis folgende rechtliche Wirkung:

a. Wird (faktisch) der Vater dem Kinde Etwas schuldig, so gehört eigentlich *ihm* die Forderung, die das Kind an ihn hat. So lange er aber Schuldner des Kindes sein *will*, bildet seine faktische Schuld einen Theil des *peculium* des Kindes (eine Forderung des Kindes an den Vater); sobald er aber erklärt, Nichts mehr schuldig sein zu wollen, so ist damit dieser Theil des peculium eingezogen, die Schuld also aufgehoben. Aber der Umstand, daß die Forderung des Kindes als peculium des Kindes besteht, resp. bestand, hatte die Wirkung, daß die Gläubiger des Kindes ihren Betrag auf die unter Nr. III 3 angeführte Weise in Anspruch nehmen konnten[27].

b. Wenn auf die angegebene Weise das *Hauskind*, welches ein peculium hat, *Schulden gegen den Vater* kontrahirt, der Vater also faktisch eine Forderung gegen dasselbe hat, so konnte er, wenn er mit den unter Nr. III 3 angeführten Klagen belangt wurde, sich wegen dieser Forderung auf die dort angegebene Weise aus dem peculium befriedigen[28].

Wurde die Gewalt aufgelöst, so dauerte die Schuld des Kindes als naturalis obligatio mit der Wirkung fort, daß das Kind, wenn es sie freiwillig zahlt, das Gezahlte nicht als ein indebitum zurückfordern kann. Nur gilt, so weit der Vater oder dessen Erben das peculium des Kindes an sich zogen, die Schuld des Kindes damit als getilgt, so weit der Betrag des peculium reicht[29].

c. Die gleichen Grundsätze mußten eintreten, wenn *zwei Hauskinder* desselben Hausvaters Etwas einander schuldig wurden[30], oder wenn zwischen selbständigen Personen eine obligatio bestand und die eine in die Gewalt der andern kam, z. B. durch arrogatio[31].

---

[27] D. de pecul. 15, 1 l. 7 § 6, l. 8 a. E. — Zahlt der Vater oder sein Erbe nach Auflösung der Gewalt die Schuld an das Kind, so kann er das Bezahlte nicht als indebitum zurückfordern (obligatio naturalis). D. de condict. indeb. 12, 6 l. 38 § 2.

[28] D. de pecul. 15, 1 l. 5 § 4, l. 9 § 6, l. 11 § 1—3, l. 49 § 2; de trib. act. 14, 1 l. 1 pr. Vgl. auch Arndts § 247 Note o. — Auch konnte das Kind ihm für solche Forderungen einen *Bürgen* stellen, weil ja der Vater nicht gehindert ist, gegen den Bürgen zu klagen.

[29] D. de cond. ind. 12, 6 l. 38 § 1, l. 64.

[30] D. l. c. l. 38 pr. (sog. lex *frater a fratre*); Arndts § 435 Anm. 2.

[31] D. de iudic. 5, 1 l. 11. — Alles Dieses aber bezog sich bloß auf *Vermögens-*

V. Castrense peculium[32]. — Von dem Ausgeführten bildete sich schon von Anfang der Kaiserzeit an eine bedeutende Ausnahme durch das castrense peculium, indem Augustus und seine Nachfolger nach und nach dem Haussohn an Erwerbungen, die durch seinen Militärdienst veranlaßt wurden[33], das Recht freier Verfügung und sogar Testirfähigkeit einräumten. Dieses wurde dann theils durch Reskripte der Imperatoren, besonders aber durch die Doktrin der römischen Juristen dahin ausgelegt, daß der Sohn wirklicher Eigenthümer solcher Erwerbungen sei und bei ihnen völlige Selbständigkeit habe, wie ein paterfamilias. Es fiel daher bei diesen Erwerbungen das unter Nr. I—IV Ausgeführte weg; namentlich konnten über ein solches Vermögen des Kindes zwischen dem Hausvater und dem Hauskind vollgültige klagbare Obligationen begründet, z. B. verpflichtende Verträge geschlossen werden ꝛc. Der Hausvater hatte an diesem peculium kein anderes Recht, als daß, wenn der Sohn starb, ohne darüber testirt oder anderweit disponirt zu haben, nun an demselben das Recht, das ein Hausvater sonst am peculium eines Kindes hat, wieder auflebe, d. h. er es nun (iure patris oder iure peculii) an sich ziehen konnte, und dann wurde es rückwärts in gewissen Beziehungen so behandelt, als sei es von Anfang an ein dem Hausvater gehöriges peculium gewesen[34].

Das justinianische und heutige gemeine Recht.

§ 255.

Der Übergang zu dem neuesten Recht begann von Kaiser Konstantin an. Denn

1) Konstantin fing an, Das, was vom castrense peculium galt, zunächst auf die Erwerbungen auszudehnen, welche gewisse Civilbeamte, wenn sie noch Haussöhne sind, durch ihr Amt machten und

---

verhältnisse, weil es aus dem Grundsatz folgte, daß das Kind nichts Eigenes haben kann. Wegen anderer Verhältnisse konnte das Hauskind wohl gegen den Vater klagen, z. B. wenn es ein Recht auf Emancipation hat und der Vater es nicht emancipiren will; ferner wegen des Rechts auf Dotation und auf Alimente.

[32] Arndts § 429. — S. besonders Fitting Das castrense peculium (Halle 1871. 672 Seiten).

[33] Vgl. Arndts § 431 Note d—f.

[34] D. de castr. pec. 49, 17 l. 2, l. 9, l. 17 pr., l. 19 § 1—3; I. quib. non est permiss. 2, 12 pr.

dies wurde von späteren Imperatoren auf gewisse andere Erwerbungen [1] ausgedehnt. Deßhalb werden diese Erwerbungen bezeichnet durch quasi castrense peculium und wir fassen das castrense und quasi castrense auch zusammen unter dem Namen peculia militaria [2].

2) Bei einigen anderen Erwerbungen der Hauskinder, bei denen es gar zu unnatürlich war, daß sie dem Vater gehörten, z. B. was das Kind von seiner Mutter und von mütterlichen Verwandten erbte [3], wurde von Konstantin an der Grundsatz eingeführt, daß es nicht mehr dem Vater, sondern dem Kinde gehören und verbleiben solle, der Hausvater daran den Nießbrauch und die Verwaltung während der Dauer der Gewalt haben [4].

Noch viel weiter ging Justinian, indem er festsetzte, daß Alles, was ein Hauskind etwa sonst noch von Dritten erwerbe, sei es durch Erbgang oder Schenkung oder seine Thätigkeit, nicht mehr dem Hausvater zufallen, sondern dem Hauskind gehören und dem Hausvater daran nur Verwaltung und Nießbrauch und in gewissen Fällen nicht einmal diese Rechte zustehen sollen. Justinian nennt daher solche Erwerbungen der Hauskinder: res quae patri non acquiruntur [5]. Wir nennen sie bona adventitia oder peculium adventitium.

3) Hiernach blieb das alte Recht bloß bestehen bei Dem, was der Vater aus seinem Vermögen dem Kinde gab, sog. peculium profectitium.

Hieraus ergiebt sich, daß das frühere römische Recht über die aktive Vermögensfähigkeit der Hauskinder im neuesten römischen Rechte gefallen und durchaus in das Entgegengesetzte verwandelt ist. Es geht nämlich das neueste römische und bei uns geltende Recht dahin:

A. Aktive Vermögensfähigkeit der Hauskinder und ihre Erwerbungen [6]. Im justinianischen und heutigen Rechte gilt hierüber folgender Grundsatz. Alles was ein Hauskind erwirbt, mit Ausnahme des peculium profectitium (s. unten Nr. I) gehört ihm und

---

[1] Auf die übrigen bei Arndts § 431 Absatz 2 bemerkten Erwerbungen: so daß bei diesen galt, was bei dem castrense peculium angeführt worden ist.

[2] Militia armata und togata.

[3] Bona materna und materni generis.

[4] S. besonders Fitting Castrense peculium S. 348 f

[5] Oder: res quae acquisitionem (scil. patris) effugiunt.

[6] Vgl. oben § 254 Nr. I.

verbleibt ihm. Der Hausvater hat an diesen Erwerbungen der Hauskinder bald gar keine Rechte (sog. freie Pekulien, s. unten Nr. II und III 2), bald bloß Verwaltung und Genuß (s. unten Nr. III 1). Hiernach stehen die verschiedenen Erwerbungen der Hauskinder unter sehr verschiedenen Rechtsverhältnissen und kann das Vermögen eines Hauskindes in verschiedene Sondergüter oder Pekulien zerfallen[7].

Die verschiedenen Pekulien, die ein Hauskind haben kann, sind hiernach:

I. Das peculium profectitium. Dieses besteht in Dem, was der Vater aus seinem Vermögen durch freie Zuwendung dem Hauskind zu selbstnützigem Haben giebt oder zuwendet, so fern es nicht unter das castrense fällt[8], ferner Das, was das Kind aus dem zu diesem profectitium Gehörigen erwirbt[9]. Bei diesem profectitium gilt auch bei uns noch ganz das alte Pekulienrecht[10].

II. Peculia militaria[11], nämlich

1) peculium castrense, d. h. was ein Hausſohn durch Kriegsdienst oder aus Veranlassung desselben erwirbt[12]. Diese Erwerbungen gehören dem Hausſohn; die dazu gehörigen Sachen sind in seinem unbeschränkten Eigenthum; auch kann er darüber letztwillig verfügen; er steht überhaupt darin ganz einem paterfamilias gleich, kann also auch darüber mit dem Vater vollgültige Obligationen eingehen und aus denselben gegen den Vater klagen. Dieser hat gar kein Recht daran[13].

---

[7] Manche Neuere glauben, den Ausdruck peculium dürfe man nur noch vom peculium profectitium gebrauchen, weil nur noch bei diesem das alte Pekulienrecht gelte, allein dies ist ein zu weit getriebener Purismus; der Ausdruck peculium mit den Beisätzen adventitium, profectitium, castrense, quasi castrense ist jedenfalls ganz geeignet, um die einzelnen unter verschiedenen Grundsätzen stehenden Bestandtheile des Vermögens eines Hauskindes zu bezeichnen, und wurde schon seit der Glosse stets so gebraucht, vgl. Arndts § 429 Anm. 2, § 431 Anm. 1 und besonders Fitting Castrense peculium S 386 387.

[8] Nach Arndts § 431 Note c. [9] S. auch Arndts § 430.

[10] Vgl. oben § 254 Nr. III 2—4 und Nr. IV. — Namentlich gilt auch von Schenkungen, die der Vater aus seinem Vermögen dem Hauskinde macht, noch ganz das oben § 254 Nr. III 2 u. 4 b Gesagte. Zwar wollen Manche das Letztere bestreiten, aber ohne irgend einen triftigen Grund dafür anführen zu können, Arndts § 436 Anm. 6; Windscheid Pand. § 484 Note 2; § 519 Nr. 1.

[11] Vgl. Arndts § 431 und besonders Fitting Das castrense peculium (1871 S. 385 f., 644 f.

[12] S. die näheren Bestimmungen bei Arndts § 431 Note b—f.

[13] Selbst die oben § 254 Nr. V angeführte Befugniß des Hausvaters wurde in der Kaiserzeit theilweise und durch Justinian in der Nov. 118 ganz aufgehoben, so daß der

2) peculium quasi castrense[14]; bei dieſem gilt durchaus Dasſelbe, was beim castrense gilt[15].

III. Das ſog. peculium adventitium oder die bona adventitia. Dahin gehören alle Erwerbungen, die ein Hauskind macht, ſo fern ſie nicht unter I und II fallen; alſo namentlich, was das Hauskind von Dritten durch Erbſchaft, Vermächtnis, Schenkung erwirbt; ſo fern es nicht unter das castrense und quasi castrense fällt[16]; ferner, was es laboribus suis erwirbt[17] und was ein Sohn als Gemeindebeamter oder Privatdiener[18] ꝛc. Nicht aber gehört hierher, was das Hauskind durch Mittel ſeines profectitium erwirbt; denn Dieſes gehört zum profectitium[19]. Ferner nicht, was es durch Mittel eines peculium militare erwirbt; denn Dieſes gehört wieder zum peculium militare[20]; ferner nicht, was es als Beauftragter des Vaters oder durch häusliche Dienſte für den Vater erwirbt, denn Dieſes gehört dem Vater und iſt gar kein peculium. — Die bona adventitia gehören dem Hauskind; die Forderungen alſo, die dazu gehören, ſind die ſeinigen und die zu dieſem peculium gehörigen Sachen ſind in ſeinem Eigenthum. Nur kann das Hauskind nicht letztwillig darüber verfügen; daher wird das Kind, wenn es ſtirbt, in ſeinem adventitium ab intestato beerbt nach den gewöhnlichen Inteſtatgrundſätzen[21]. Über die Rechte des Hausvaters an dieſem peculium iſt aber zu unterſcheiden:

1) Der Hausvater hat in der Regel, ſo lange ſeine Gewalt dauert, an dem adventitium die Verwaltung und den Nießbrauch[22]. Das Hauskind hat alſo an den zum adventitium gehörigen Sachen in der

---

Hausſohn, wenn er ohne Teſtament ſtirbt, in ſeinem castrense nach den gewöhnlichen Inteſtatgrundſätzen (ſ. unten § 277 ff.) beerbt wird, ſ. Arndts § 431 Lit. g—k. Fitting l. c. S. 372 f. Vgl. auch oben § 48 Nr. III A A (Th. I S. 223).

[14] Zu dieſem gehören die bei Arndts § 431 Abſatz 2 Nr. 1—4 angeführten Erwerbungen eines Hauskindes. Ob nach deutſchem Gewohnheitsrecht auch Alles dazu zu rechnen ſei, was ein Hausſohn durch einen wiſſenſchaftlichen oder künſtleriſchen Beruf erwirbt, wie Fitting l. c. § 87. 88 annimmt, iſt zu bezweifeln.

[15] S. Arndts § 431 Note m—r.

[16] Auch Pathengeſchenke, die dem Hauskinde gemacht werden (Arndts § 432 Anm. 1b).

[17] Z. B. durch Unterricht, Bücherſchreiben u. dgl.

[18] Oder als Staatsdiener, doch iſt er dann in der Regel durch separata oeconomia von der väterlichen Gewalt frei.

[19] S. Arndts § 430 Note h. [20] Arndts § 431 Note f.

[21] I. quib. non est permiss. 2, 12 pr. a. E.; Cod. qui test. fac. poss. 6 22 cst. 11.

[22] Nach den näheren Beſtimmungen bei Arndts § 432 Note c—e.

Regel bloß ein beſchränktes Eigenthum. Wir nennen die Erwerbungen in den Fällen, in denen es bei dieſer Regel bleibt, peculium adventitium regulare sive ordinarium. Dieſes Recht der Verwaltung und des Nießbrauchs iſt hiernach ein Annexum der väterlichen Gewalt. Der Vater verliert es alſo mit Auflöſung der Gewalt[23].

2) An einigen adventiciſchen Erwerbungen aber hat der Vater nicht einmal Verwaltung und Nießbrauch, überhaupt gar kein Recht; das Hauskind wird an dieſen unbeſchränkter Eigenthümer, nur daß es darüber nicht durch letzten Willen verfügen kann[24]. Wir nennen dieſe Erwerbungen peculium adventitium irregulare sive extraordinarium[25].

B. Das über Stellvertretung oben (in § 254 Nr. I.) Ausgeführte muß ſich nach dem neueſten Recht völlig ändern[26]. Da nämlich das neueſte römiſche Recht in dem Hauskinde auch die aktive vermögensrechtliche Perſönlichkeit durchaus anerkennt, ſo daß ſeine Erwerbungen mit Ausnahme des profectitium ihm verbleiben und nicht mehr dem Vater gehören: ſo ſtehen nun auch in Beziehung auf Stell-

---

[23] Mit Unrecht leugnet dies Arndts in § 433 bei Anm. 3 und in dem von ihm unter Nr. 5 angeführten Fall. Denn wenn der Hausvater das Kind einem Anderen in adoptionem plenam giebt, ſo gehört der Nießbrauch dem Adoptivvater (Arndts § 436 Nr. 1). Es giebt nur zwei Ausnahmen, in denen der Vater den Nießbrauch nach Aufhebung der Gewalt behält, nämlich wenn das Hauskind ſtirbt und von Deſcendenten beerbt wird (Nov. 118 cap. 1), ein Fall, der bei uns nicht leicht vorkommen wird (Arndts § 433 Anm. 3) und im Fall bei Arndts § 433 Nr. 3. — Auch verſteht ſich von ſelbſt, daß der Vater den Nießbrauch in den Fällen behält, in denen er ihn aus beſonderen Gründen nicht als Hausvater hat (ſ. oben § 239 Nr. I Lit. d; Arndts § 417 Nr. 1).

[24] Arndts § 434 Abſ. 2.

[25] Die hierher gehörigen Fälle ſind die bei Arndts § 434 im erſten Abſatz unter Nr. 1—3 angegebenen, wobei zu Nr. 1 zu vergleichen iſt ebendaſelbſt § 432 Abſ. 2; zu dieſen drei Fällen gehört noch ein vierter, nämlich der Fall, wenn die Frau dem Hauskinde ihres Ehemannes eine Schenkung macht, vgl. oben § 241 Nr. IV a. E. — Auch iſt Arndts l. c. Nr. 2 dahin näher zu beſtimmen: Wenn ein Hauskind in der zweiten Klaſſe der Inteſtaterbfolge mit dem Vater Geſchwiſter beerbt, ſo wird Das, was das Hauskind erbt, peculium adventitium irregulare desſelben, d. h. der Vater bekommt nicht den Nießbrauch (und nicht die Verwaltung) davon, weil er dafür am Nachlaß der Geſchwiſter ſelbſt einen Theil erbt. Ferner: wenn ein Hauskind ſtirbt und (keine Deſcendenten hinterläßt, ſondern) in der zweiten Klaſſe (der Inteſtaterbfolge) von ſeinen Geſchwiſtern und vom Vater beerbt wird: ſo hört der Nießbrauch des Vaters am adventitium des verſtorbenen Hauskindes auf, und wenn die miterbenden Geſchwiſter noch in der Gewalt des Vaters ſtehen: ſo bekommt ihr Hausvater nicht den Nießbrauch an Dem, was ſie (vom verſtorbenen Hauskind) erbten; es wird alſo ein peculium adventitium irregulare desſelben. Nov. 118 cap. 2; Bangerow Band. § 416 Anm. 3.

[26] Dies wird unbegreiflicherweiſe von den meiſten Civiliſten (auch Arndts § 246 bei Note b und § 77 bei Note h) nicht gehörig beachtet.

vertretung bei Rechtsgeschäften Hausvater und Hauskind zu einander ganz wie dritte Personen. Es muß daher über Stellvertretung und Verträge zum Besten Dritter auch bei den durch väterliche Gewalt Verbundenen ganz Das gelten, was überhaupt bei der Stellvertretung durch Dritte gilt[27]. Nur bei Geschäften, die sich auf das peculium profectitium beziehen, gilt auch in dieser Hinsicht noch das alte Recht[28].

C. Über Schulden der Hauskinder gilt das oben[29] Ausgeführte, mit einigen Modifikationen, nämlich

1) die Fähigkeit, durch Rechtsgeschäfte sich zu verpflichten, beginnt nach deutschem Recht erst mit der Volljährigkeit[30]. Es kann daher bei uns auch ein Hauskind durch Rechtsgeschäfte selbständig sich erst dann verpflichten, wenn es volljährig ist.

2) Wegen Schulden des Hauskindes[31] kann nun auch während der väterlichen Gewalt eine Exekution gegen das Hauskind stattfinden, so weit es solches Vermögen hat, das ihm unbeschränkt gehört, also ein peculium militare oder adventitium irregulare; hat es ein solches nicht und auch nicht ein profectitium (s. Nr. 3), so müssen eben die Gläubiger warten, bis es solches Vermögen erwirbt oder von der Gewalt frei wird; denn an dem adventitium regulare ist gegen den Willen des Vaters eine Exekution nicht zulässig, weil dadurch sein Nießbrauch beeinträchtigt würde; außer wenn die Schuld mit dem Erwerb des adventitium selbst verbunden war; z. B. wenn das Kind eine Erbschaft erwirbt, welche nun peculium adventitium regulare des Kindes wird, so muß der Vater natürlich gestatten, daß die Erbschaftsschulden aus diesem adventitium regulare bezahlt werden[32]. Wenn aber

3) der Vater dem Kinde ein peculium profectitium (A. I.) gegeben hatte, so kann er auch bei uns wegen Schulden des Kindes peculio tenus belangt werden[33].

---

[27] S. den Allgemeinen Theil und das Obligationenrecht. Vgl. Arndts § 76. § 245 ff.

[28] S. oben § 254 Nr. I. Deßhalb fügt noch Justinian in I. de inut. stip. 3, 19 § 4 a. E., wo er das alte Recht vorträgt, bei, dieses gelte nur noch »in iis rebus, quae patri acquiri possunt«, d. h. eben bloß noch beim peculium profectitium.

[29] S. oben § 254 Nr. II.

[30] Vgl. oben § 48 Nr. III (Th. 1 S. 218 f.).

[31] Vgl. oben § 254 Nr. II.

[32] Cod. de bon. quae lib. 6, 61 cst. 8 § 4.

[33] Mit den oben § 254 Nr. III 3 angeführten Klagen.

4) Natürlich gilt auch noch nach dem neueſten Recht die Beſchränkung durch das senatusconsultum Macedonianum[34].

D. Es können zwiſchen Hausvater und Hauskindern (weil ja nun die Letzteren vollkommen vermögensfähig ſind[35]), klagbare Obligationen jeder Art (ſei es durch Vertrag oder auf andere Weiſe) entſtehen, gerade wie zwiſchen Fremden. Bloß beim peculium profectitium gilt auch hierüber noch das alte Recht[36]. Wenn daher z. B. der Vater aus ſeinem Vermögen ſeinem Hauskinde durch freie Zuwendung Etwas giebt, ſo iſt dies für ihn unverbindlich; er kann es jederzeit wieder zurücknehmen und bleibt Eigenthümer der gegebenen Sachen[37].

E. Verpflichtung des Hausvaters wegen Schulden der Hauskinder. — Es fragt ſich ſowohl nach dem älteren römiſchen Rechte, als nach dem neueſten und dem heutigen Rechte, wie weit ein Hausvater durch Handlungen ſeiner Hauskinder verpflichtet werden könne und für ihre Schulden haftete.

Regel iſt: ein Hausvater iſt nicht verbunden, die Schulden ſeiner Kinder zu bezahlen, mögen ſie ſeine Hauskinder ſein oder nicht. Von dieſer Regel giebt es nur folgende Ausnahmen:

1) Wenn das Hauskind für den Vater in Folge eines Auftrags desſelben lediglich als ſein Stellvertreter ein Rechtsgeſchäft mit einem Dritten ſchließt, ſo gelten in Betreff der dadurch kontrahirten Schulden (gegen den Dritten) überhaupt die allgemeinen Grundſätze über Stellvertretung[38].

2) Wenn das Hauskind nicht als Stellvertreter des Vaters, ſondern auf eigenen Namen handelt, z. B. es kauft ſich eine Sache auf Kredit, kontrahirt Wirthsſchulden u. dgl.: ſo wird es in der

---

[34] Nach den näheren Beſtimmungen bei Arndts § 282.

[35] Arndts § 435 trägt hier, wie auch viele Andere, das ältere Recht (ſ. oben § 254 Nr. IV) ſo vor, als ob es (auch im neueſten römiſchen Recht und bei uns) noch gelte; nur giebt er zu, daß über die peculia militaria der Hausſohn zum Vater in klagbarer Obligation ſtehen könne (ſ. oben A. II). Allein auch für das adventitium überhaupt muß das Gleiche gelten; denn auch bei ihm ſind ja die Prämiſſen des alten Rechts (ſ. oben § 254 Nr. IV), daß die Erwerbungen, die ein Hauskind machte, dem Hausvater gehörten, ganz weggefallen und müſſen alſo auch die Konſequenzen fallen. S. nun auch Windſcheid Pand. § 519 bei und in Note 5.

[36] Alſo das oben § 254 Nr. IV Ausgeführte.

[37] Hieraus folgt auch, was Arndts § 435 bei Note f bemerkt. Über Arndts § 435 Anm. 1 ſ. unten Lit. F.

[38] S. auch Arndts § 248 Anm. 2.

Regel alleiniger Schuldner. Nur in folgenden Fällen haftet auch der Vater für die Schuld des Kindes, bald beschränkt, bald unbeschränkt:

a. der Vater kann, wenn er dem Kind ein peculium profectitium gegeben hat, bis zum Betrage desselben belangt werden[39].

b. Unbeschränkt haftet der Vater wegen iussus[40]. Wenn nämlich der Hausvater einen Dritten ermächtigt oder anweist, mit dem Hauskind sich in ein Geschäft einzulassen[41], welches das Kind auf eigenen Namen, sei es in eigenem oder des Vaters Interesse schließt, so kann der Dritte auf Erfüllung der ganzen vom Kinde kontrahirten Verbindlichkeit nicht bloß gegen das Kind, sondern auch gegen den Hausvater die Klage aus der Obligation des Kindes mit dem Beisatz quod iussu anstellen. Einer solchen Ermächtigung steht auch gleich, wenn das Kind ohne solche Ermächtigung ein Geschäft schloß und der Vater später dem Dritten erklärt, daß er es genehmige[42].

Nur ist bei der Klage wohl zu beachten, daß nach deutschem Recht der Hausvater über das minderjährige Kind die Rechte eines Vormunds hat[43], und daß daher, wenn er nur in seiner Eigenschaft als Vormund im Interesse des minderjährigen Kindes solche Ermächtigung giebt oder überhaupt in ein Geschäft des Kindes einwilligt und der Dritte, welcher mit dem Kind kontrahirt, weiß, daß der Vater hier bloß als Vormund handelte, dann der Vater für die Verbindlichkeit des Kindes gar nicht haftet, so wenig wie ein Vormund für die Schulden eines Mündels, die dieser mit seiner Zustimmung eingeht.

c. Eine beschränkte Haftung des Vaters tritt ein, wenn ein Hauskind sonst auf eigene Hand eine Schuld gegen einen Dritten kontrahirt und es das durch das Geschäft Erlangte zum Besten des Vaters

---

[39] Mit den unter Lit. C Nr. 3 angeführten Klagen nach dem oben § 254 Nr. III 3 Ausgeführten.

[40] Dieser Ausdruck ist aber nicht, wie es von Vielen geschieht, durch „Befehl", sondern durch „Ermächtigung" oder „Anweisung" zu übersetzen.

[41] Z. B. A. schickt seinen Hausſohn B. nach Frankfurt und avertirt den Bankier C. daselbst, daß er dem B. Kredit gebe.

[42] D. quod iussu 15, 4 l. 1 pr. § 1. 3. 6. 8. 9, l. 5 und I. quod cum eo ꝛc. 4, 7 § 1. 4. 5; Cod. quod iussu 4, 26 cst. 8 u. 13. — Schmidt im Archiv für civilistische Praxis Bd. XXIX S. 111 ff.

[43] S. die Lehre von der Vormundschaft.

verwendet. Hier kann der Dritte den Vater mit der Klage aus dem mit dem Kinde geschlossenen Vertrage mit dem Beisatz de in rem verso belangen, aber nur auf den Betrag, in welchem das Geschäft dem Vater zum Vortheil gereichte und dieser dadurch bereichert wurde, oder so weit die Handlung des Kindes eine gültige negotiorum gestio war[44].

F. Die meisten älteren Juristen und selbst noch einige neuere behaupten, das römische Recht nehme an, es bestehe eine juristische Personeneinheit zwischen Hausvater und Hauskindern, die auch bei uns noch gelte. Allein dies beruht auf einem groben Mißverständnis des früheren Rechts[45].

G. Das, was unter A—E. ausgeführt wurde, ist das bei uns in den Staaten geltende Recht[46], in welchen das ehemalige gemeine Recht noch als subsidiäres Recht gilt[47].

---

[44] D. de in rem verso 15, 3 l. 1 pr. § 1; l. 3 § 2—5, l. 7 § 5, l. 8—11; I. quod cum eo 4, 7 § 4—6. Arndts § 247 Nr. 2.

[45] Man führt nämlich hauptsächlich dafür an das oben § 254 unter Nr. I und IV Ausgeführte und I. de inutil. stip. 3, 19 § 4 a. E. und Cod. de impub. subst. 6, 26 cst. 11; vgl. auch Arndts § 435 Anm. 1. Allein die letztere Stelle will bloß in einer Floskel das innige Verhältnis zwischen Vater und Kindern ausdrücken und bezieht sich gar nicht bloß auf Kinder in der väterlichen Gewalt. Das oben in § 254 unter Nr. I und IV Ausgeführte aber war lediglich eine Konsequenz der aktiven Vermögensunfähigkeit der Hauskinder und bloß eine solche will auch die angeführte Institutionenstelle aussprechen. Daß aber das römische Recht nie an eine juristische Personeneinheit zwischen Hausvater und Hauskindern dachte, ergiebt sich schon daraus, daß die Hauskinder nicht für die Schulden ihres Hausvaters haften und auch der Hausvater in der Regel nicht für die der Hauskinder haftet.

[46] Arndts § 436.

[47] Und zwar nicht bloß, wie Arndts § 436 sagt, in den meisten, sondern in allen Punkten, so weit es nicht im einzelnen Staat durch sein Partikularrecht geändert wurde. Dabei ist noch zu Arndts § 436 Folgendes zu bemerken und zwar

a. zu Nr. 1. Das dort Gesagte ist in der Regel richtig, galt aber auch schon nach römischem Recht (s. oben Lit. A Nr. III 1 u. 2).

b. Zu Nr. 2. Das praemium emancipationis (vgl. Arndts § 433 Nr. 3) ist an sich noch ganz gültig. Nur kommt es höchst selten zur Anwendung, weil bei uns Emancipationen höchst selten sind, s. oben § 252 Nr. VI.

c. Zu Nr. 3. Über das bei Anm. 4 Gesagte (Obligationen zwischen Hausvater und Hauskind) s. oben Lit. D. — Die unter Nr. 3 nach Anm. 4 und die unter Nr. 4 angeführten Ansichten Mancher sind falsch, s. oben Lit. A Nr. I.

Vierter Abſchnitt.

Die außereheliche Geſchlechtsgemeinſchaft und Verwandtſchaft.

Die außereheliche Geſchlechtsgemeinſchaft.

§ 256.

Ein Beiſchlaf begründet kein rechtliches Familienverhältnis zwiſchen den Konkumbenten[1]. Aber nach deutſchem Recht kann dadurch eine Obligation, ein Forderungsverhältnis in gewiſſer Beziehung begründet werden. Das deutſche Gewohnheitsrecht nämlich legt eine Beſtimmung des kanoniſchen Rechts[2] dahin aus: wer eine ehrbare Jungfrau oder Wittwe zum Beiſchlaf verführt, hat die obligatio alternativa, ſie entweder zu heirathen, oder zu dotiren[3], d. h. nicht ihr eine eigentliche dos zu geben, ſondern ihr nach ſeinen Standes- und Vermögensverhältniſſen einen Gelderſatz für das Nichtheirathen zu geben[4]. Stirbt der Verführer vor Anſtellung der Klage, ſo kann dieſe, da ſie eine actio rei persecutoria iſt, auch gegen ſeine Erben angeſtellt werden, aber gegen dieſe natürlich nur auf Gelderſatz. Stirbt aber die Verführte, ſo können ihre Erben nicht klagen, weil die Klage zu den actiones vindictam spirantes gehört[5].

Die außereheliche Verwandtſchaft.

§ 257.

Über die rechtliche Bedeutung einer durch eine uneheliche Zeugung begründeten Verwandtſchaft[1] geht

A. das römiſche Recht dahin:

---

[1] Weder nach römiſchem Recht — abgeſehen vom Konkubinat (ſ. unten § 258), noch nach deutſchem Recht.

[2] »Duc et dotas«. S. bei Arndts § 396 Note d und Anm. 4.

[3] Duc vel dota.

[4] Glück Pandektenkomm. Bd. XXVIII S. 151—182.

[5] Vgl. oben § 90 (Th. I S. 471).

[1] Vgl. Arndts § 348 Anm. 2 und § 476.

1) Uneheliche Kinder stehen zu ihrem angeblichen Vater und zu dessen Familie in gar keinem rechtlich-wirksamen Familienverhältnis; sie bekommen nicht den Namen ihres vermeintlichen Vaters, nehmen nicht an seinem Geburtsstand Theil, haben keine Intestat- und Notherbrechte, überhaupt gar keine Verwandtschaftsrechte an ihn und an die väterliche Familie und diese auch keine an die Kinder; kurz sie haben rechtlich keinen Vater und keine väterliche Familie. Der Grund ist theils die Erhaltung des Ansehens und der Bedeutung der Ehe, theils die totale Unsicherheit der Vaterschaft[2]. — Die unehelichen Kinder stehen daher auch nicht in väterlicher Gewalt, sondern werden als sui iuris (als patresfamilias) geboren und kommen daher sofort unter Vormundschaft, welche auch ihre Mutter führen kann.

2) Sie folgen durchaus der Mutter[3], d. h. zur Mutter und zur mütterlichen Familie stehen sie in demselben Rechtsverhältnisse, wie die ehelichen Kinder; sie sind vollberechtigte Kognaten derselben, tragen den Namen der Mutter; diese hat sie zu erziehen; zwischen ihnen und der Mutter und den mütterlichen Ascendenten (z. B. dem Vater der Mutter) finden die vollsten Intestat- und Notherbrechte und Alimentationsrechte statt, wie zwischen ehelichen Descendenten und Ascendenten, und ebenso haben sie an die mütterlichen Seitenverwandten und diese an sie, volle Intestaterbrechte[4].

B. Nach deutschem Recht gilt ebenfalls durchaus das unter A. Gesagte, nur mit folgender Ausnahme. Nach gemeinem deutschem Gewohnheitsrecht[5] ist der Vater (nicht aber auch ein anderer väterlicher Ascendent, z. B. nicht der väterliche Großvater) verbunden, die nothdürftigen Alimentations- und Erziehungskosten (sog. alimenta naturalia) für sein uneheliches Kind zu tragen, bis es sich selbst unterhalten kann, und zwar noch vor der Mutter; er kann auf Zahlung dieser Alimente von der Mutter und dem Vormunde des Kindes (mit einer actio de partu agnoscendo[6]) belangt werden. Darüber ist aber noch zu bemerken:

---

[2] I. de nupt. 1, 10 § 12; de succ. cogn. 3, 5 § 4; D. de statu hom. 1, 5 l. 23. 24; de agnosc. lib. 25, 3 l. 5 § 6; unde cogn. 38, 8 l. 4, l. 5 § 6.

[3] Matrem sequuntur; weil diese immer gewiß ist.

[4] D. de statu hom. 1, 5 l. 19, l. 24; de agnosc. lib. 25, 3 l. 5 § 4 und 5; unde cogn. 38, 8 l. 4; I. de succ. cogn. 3, 5 § 4.

[5] Dieses schloß sich an eine Stelle des kanonischen Rechts (s. bei Arndts § 346 Anm. 2) an.

[6] Sog. Paternitätsklage.

1) Das Gewohnheitsrecht stützt, wie schon aus seinem Anschluß an das kanonische Recht hervorgeht und die älteren Praktiker vom 17. Jahrhundert an bezeugen[7], diese Verbindlichkeit des Mannes, der mit der Mutter des Kindes konkumbirt hat, lediglich auf seine Vaterschaft, d. h. darauf, daß er als Erzeuger des Kindes für dessen nothdürftiges Fortkommen zu sorgen habe. Hieraus folgt:

a. Die Vaterschaft muß, wenn der Beklagte sie nicht selbst zugesteht, gegen ihn bewiesen werden; dies ist freilich an sich unmöglich. Allein das Gewohnheitsrecht wendet hier die Präsumtion der ehelichen Vaterschaft[8] in der Art an, daß es den Beweis der unehelichen Vaterschaft als geführt annimmt, wenn nachgewiesen wird, daß der angebliche Vater die Mutter des Kindes beschlafen habe innerhalb des 182. und 300. Tages vor der Geburt des Kindes, also zu einer Zeit, aus der das Kind möglicherweise herrühren kann (sog. kritische Zeit).

b. Wenn der Beklagte beweist, auch ein Anderer habe in demselben angeführten Zeitraum die Mutter beschlafen (exceptio plurium concumbentium, oder exceptio congressus cum pluribus), so wendet er nach gemeinem Recht jede Verbindlichkeit von sich ab, weil sich nun gar nicht präsumiren läßt, wer als Vater gelten soll und das Kind doch nicht mehrere Väter haben kann[9].

2) Das unter Nr. 1. über den Grund der Alimentationsverbindlichkeit (Vaterschaft) und die aus demselben sich ergebende Konsequenz (Nr. 1. b.) wird von Vielen mit Unrecht bestritten. Sie behaupten, wenn mehrere Männer in der kritischen Zeit (Nr. 1. a.) die Mutter des Kindes beschlafen haben, so hafte Jeder für die ganzen Alimente nach den Grundsätzen der solidarischen Obligation; denn nicht die Vaterschaft sei der Grund der Alimentationspflicht. Ein Theil dieser Dissentienten will den Grund in einem Delikte finden, Jeder der Konkumbenten (in der kritischen Zeit) sei ex delicto zu Alimentation des Kindes verpflichtet[10]. Andere behaupten, daß die Konstupratoren als mögliche Väter für die Alimente haften, weil das stuprum eine

---

[7] Vgl. Heerwart im Archiv für die civilistische Praxis Bd. XVII S. 82 f.
[8] S. oben § 249 Nr. III. [9] Arndts § 348 Anm. 2.
[10] Allein dieser Deliktsgrund ist schon deßhalb unstichhaltig, weil der Grundsatz, daß mehrere Theilnehmer am Delikte für dessen schadende Folgen in solidum haften, hier deßhalb unanwendbar ist, weil die Mehreren nicht mit einander das Kind gezeugt haben.

unerlaubte und unsittliche Handlung sei[11]. Allein aus dem Letzteren kann nicht das Erstere gefolgert werden und wird es auch nicht vom Gewohnheitsrecht gefolgert. Dieses will bloß dem wirklichen Vater als solchem die Alimentationspflicht auferlegen; da aber die Vaterschaft nicht nachweisbar ist: so ersetzt es diesen Beweis durch eine Präsumtion (s. Nr. 1.). Diese Präsumtion ist aber nicht möglich, wenn nachgewiesen wird, daß Mehrere in der kritischen Zeit die Mutter beschlafen haben und daraus ergiebt sich mit Nothwendigkeit das oben (Nr. 1. b.) Gesagte[12].

C. Nach der Ansicht Vieler sollen Personen, welche mit einander in einer incestuosen Ehe leben, nicht von einander und auch nicht von den in dieser Ehe erzeugten Kindern beerbt werden können[13].

Über den Sprachgebrauch ist noch zu bemerken: die Römer bezeichnen durch liberi naturales im weiteren Sinn[14] die leiblichen, ehelichen Kinder im Gegensatz zu Adoptivkindern; im

---

[11] So namentlich Windscheid Pand. § 475 Note 18. 19. Deßhalb, weil das stuprum ein Delikt sei, setze „das Recht" die Möglichkeit der Wirklichkeit gleich. Das Recht? das ist nicht erwiesen. Das Gewohnheitsrecht hat einen anderen Sinn; sollen die Möglichen für eine Folge des stuprum haften, welche nicht als Folge ihrer That erweisbar ist?

[12] S. auch Bangerow Pand. § 260. — Übrigens ist die Ansicht, daß mehrere Stupratoren in solidum für die Alimente haften, in manche Partikularrechte, namentlich das sächsische übergegangen, während andere Partikularrechte überhaupt eine Alimentationspflicht des unehelichen Vaters ganz verwerfen (Baden, Hessen und die linksrheinischen Provinzen).

[13] Dieses ist allerdings in Cod. de incest. nupt. 5, 5 cst. 6 bestimmt. Allein von Justinian wurde diese cst. in Nov. 12 cap. 1 aufgehoben und festgesetzt, die incestuosen Gatten sollen mit Verbannung und Vermögenskonfiskation bestraft werden; nur wenn sie eheliche Descendenten haben, solle die Konfiskation nicht eintreten, sondern diese das Vermögen (aber nicht als Erben) bekommen. Damit fielen die angeführten Bestimmungen der cst. 6 (Erbunfähigkeit der Incestuosen). Unter der Verbannung verstand Justinian in der Nov. (12) wohl die Deportation; diese bewirkte aber eine capitis deminutio magna, bei welchen die Deportirten überhaupt keinen letzten Willen errichten und von Niemand, also auch nicht von ihren incestuosen Kindern beerbt werden konnten. Bei uns aber giebt es keine capitis deminutio magna mehr und schon vom 17. Jahrhundert an wurde der Incest nicht mehr mit Vermögenskonfiskation bestraft. Die besonderen Bestimmungen der cst. 6 cit. aber wurden von keiner gemeinrechtlichen Quelle aufgenommen.

Die Novellen 74 cap. 6 u. Nov. 89 cap. 15 aber, auf die sich Manche berufen, beweisen gar Nichts; denn sie handeln bloß von dem Erbrecht der Konkubinen-Kinder an dem Vater, welches natürlich wegfallen muß bei einem incestuosen und deßhalb verbotenen Konkubinat. S. auch meine Abhandlung im Archiv für civilistische Praxis Bd. XVII S. 434 f.

Übrigens gingen die Bestimmungen der cst. 6 in manche Partikularrechte über. — Über die in einer Putativehe gezeugten Kinder s. oben § 243 Nr. II und über die Brautkinder s. oben § 232 Lit. C.

[14] Gaius III 41; D. ad senatusc. Tertull. 38, 17 l. 7; I. de hered. quae ab int. 3, 1 § 2. Dirksen Manuale s. v. adoptivus.

engern und technischen Sinn aber bedeutete bei ihnen liberi naturales die in einem erlaubten Konkubinat erzeugten Kinder. Die anderen unehelichen Kinder bezeichneten sie durch spurii oder vulgo quaesiti[15]. Wir bezeichnen durch natürliche Kinder auch die leiblichen im Gegensatz zu den adoptirten; sehr häufig aber versteht man bei uns unter natürlichen Kindern oder illegitimen alle unehelichen Kinder[16].

Der Konkubinat.

§ 258.

Man muß hier unterscheiden:

I. Römisches Recht. Nach diesem bildet eine Modifikation des Ausgeführten der Konkubinat, d. h. eine auf die Dauer eingegangene Verbindung zwischen Mann und Weib zum Zusammenleben und zur Befriedigung des Geschlechtstriebes, also eine dauernde außereheliche Beischlafsgesellschaft.

Nach römischem Recht war er erlaubt; nur mußten die Personen unverheirathet und durften nicht so nahe mit einander verwandt oder verschwägert sein, daß ihr Beischlaf ein Incest sein würde[1]. Der Konkubinat hatte aber (obgleich er erlaubt war) bis in die späteren Kaiserzeiten keine rechtlichen Wirkungen; er begründete weder zwischen den Konkumbenten noch zwischen dem Vater und seinen Konkubinenkindern — liberi naturales — ein mit rechtlichen Folgen bekleidetes Familienverhältnis. Die liberi naturales waren zum Vater und dessen Familie ganz in der Stellung anderer unehelicher Kinder. Erst die späteren Imperatoren und besonders Justinian legten ihm gewisse rechtliche Wirkungen bei, da er eine erlaubte und zwar dauernde Verbindung war, deßhalb die Vaterschaft vom Manne in der Regel ungescheut anerkannt wurde und bei dem Zusammenleben mit der Konkubine und den Kindern nicht so unsicher erschien, wie bei anderen unehelichen Kindern. Diese Wirkungen gingen dahin:

1) Die (Kinder aus dem Konkubinat oder) liberi naturales

---

[15] D. de statu hom. 1, 5 l. 23; I. de nupt. 1, 10 § 12.

[16] Den Ausdruck vulgo quaesiti gebrauchen wir gewöhnlich bloß für die Kinder einer eigentlichen Hure.

[1] Cod. de concub. 5, 26 cst. un.; comm. de manum. 7, 15 cst. 3 a. E.; Nov. 89 cap. 15. Meine Abhandlungen aus dem Strafrecht S. 164 f.

konnten von ihrem Vater und ſogar von deſſen Erben *Alimente* anſprechen[2].

2) Wenn der Vater kein Teſtament und weder eine Ehefrau noch eheliche Deſcendenz hinterließ und er nur *eine* Konkubine und von dieſer (von ihm anerkannte) Kinder hatte und mit denſelben in häuslicher Gemeinſchaft lebte, ſo *beerbten* ihn die Kinder ab intestato, aber mit einander nur zu $^1/_6$ ſeines Vermögens (sextans), von dem ſie noch ihrer Mutter (der Konkubine) einen Kopftheil abgeben mußten[3]; und das gleiche Inteſtaterbrecht hatte unter gleichen Vorausſetzungen ihr Vater an ſie[4].

3) Bei der Erlaubtheit des Konkubinats lag für Deſcendenten, die der Mann aus einer früheren oder ſpäteren *Ehe* hat, die Gefahr nahe, daß er die liberi naturales, da ſie doch auch aus einer erlaubten Verbindung herrühren und er ſich zu ihnen offen bekannte, und die Konkubine zum Nachtheil der ehelichen Deſcendenz begünſtigen könnte. Deßhalb beſtimmte Juſtinian, daß Wer eheliche Deſcendenz habe, ſeiner Konkubine und den mit ihr gezeugten Kindern zuſammen nicht mehr als $^1/_{12}$, der Konkubine allein (d. h. wenn keine Konkubinenkinder da ſind) nicht mehr als $^1/_{24}$ ſeines Vermögens durch Schenkung oder letztwillige Verfügung zuwenden dürfe; was er ihnen mehr gebe, ſoll an die ehelichen Deſcendenten fallen[5].

II. *Deutſches Recht.* Nach gemeinem deutſchen Recht iſt der Konkubinat eine vom Staat nicht gebilligte Verbindung. Hiernach müſſen alle unter Nr. I angeführten Beſtimmungen des römiſchen Rechts bei uns wegfallen (da ſie lediglich eine Konſequenz aus der Billigung des Konkubinats waren. Denn der *römiſche* Konkubinat war ein vom Geſetz gebilligtes, mit beſonderen rechtlichen Folgen bekleidetes Inſtitut. *Dieſes* Inſtitut aber kennt das deutſche Recht nicht.

Es gilt daher nach gemeinem Recht über Konkubinat und Konkubinenkinder lediglich Das, was von anderen außerehelichen Geſchlechtsverbindungen und unehelichen Kindern gilt[6].

---

[2] Nov. 89 cap. 13 vgl. cap. 12 § 6 (auch arg. a contrario mit cap. 15), ſ. aus *Schirmer* Erbrecht S. 220 f.

[3] Nov. 89 cap. 12 § 4, 5. [4] Nov. 89 cap. 13.

[5] Nov. 89 cap. 12 § 2.

[6] Alſo das oben in § 256 und § 257 Ausgeführte. — Namentlich muß bei uns die oben unter Nr. I 3 angeführte *Beſchränkung* wegfallen. Zwar meinen Viele (aus

Die Legitimation.

§ 259.

(Arndts § 421.)

Man muß auch hier unterſcheiden:

I. Römiſches Recht. Dem römiſchen Recht war vor den chriſtlichen Kaiſern das Inſtitut der Legitimation unehelicher Kinder unbekannt. Wollte ein Vater ſein uneheliches Kind zu ſich in ein legitimes Verhältnis bringen (und ſich Vaterrechte und dem Kind Kindesrechte an ihn erwerben), ſo konnte er es nur dadurch, daß er es arrogirte; dadurch kam es dann (wie jeder arrogatus) in ſeine väterliche Gewalt und wurde vollberechtigter Agnat mit ihm und ſeinen Agnaten. Die chriſtlichen Kaiſer aber (Konſtantin und ſeine Nachfolger) führten theilweiſe, und noch ausgedehnter Juſtinian, die Möglichkeit einer Legitimation auf zwei Wegen ein, jedoch nur für liberi naturales, d. h. Kinder aus dem erlaubten Konkubinat und zwar dahin:

1) Um die Ehen zu fördern, ſollen, wenn der Mann ſeine Konkubine heirathet, dadurch die mit ihr gezeugten Kinder zum Vater und zur ganzen väterlichen Familie durchaus in das Verhältnis ehelicher Deſcendenz kommen; der Vater erhält alſo auch die väterliche Gewalt über ſie. Dies iſt die legitimatio per subsequens matrimonium[1].

2) Eine zweite Art der Legitimation führte Juſtinian zur Aushilfe ein, die legitimatio per rescriptum principis. Wenn nämlich der Vater ſeine Konkubine nicht oder nicht gut heirathen

---

Arndts § 492 Abſatz 2 und Anm. 6, und Windſcheid Pand. § 550 a. E.), ſie ſei bei uns noch praktiſch und auf alle uneheliche Kinder anzuwenden! Allein ſie überſehen (unbegreiflicherweiſe), daß jene römiſche Beſchränkung nicht in einer „Verwerflichkeit" des Konkubinats ihren Grund hatte, ſondern in ſeiner Erlaubtheit (Nr. I 3) und deßhalb muß ſie, da wir einen vom Geſetz gebilligten Konkubinat nicht mehr haben, bei uns wegfallen. Vgl. Baugerow Pand. II § 429 Anm. 2 Nr. 1. — Aus demſelben Grunde muß auch das unter Nr. I 2 angeführte Inteſtaterbrecht bei uns wegfallen (vgl. Schleſinger Die Vorausſetzungen des Inteſtaterbrechts des unehelichen Vaters, im Archiv für civiliſtiſche Praxis Bd. L S. 207 ff.). Zwar behaupten ſehr Viele, ein deutſches Gewohnheitsrecht habe dieſes Erbrecht auf einen sextans in der Art beibehalten, daß es nun unehelichen Kindern jeder Art zukomme (auch ohne die häusliche Gemeinſchaft und Anerkennung vom Vater und ſelbſt denen von verſchiedenen Müttern). So auch Arndts § 428. Allein ein ſolches Gewohnheitsrecht läßt ſich als ein gemeines deutſches nicht nachweiſen, wie auch die Praxis vieler Gerichte ein ſolches mit Recht nicht anerkennt. S. beſonders die Erkenntniſſe in Seufferts Archiv, welche Arndts in § 482 Anm. 2 anführt. Es ging jedoch jenes Recht in manche Partikularrechte über.

[1] Arndts § 421 Note b u. e.

könne, z. B. weil sie todt oder weggelaufen oder liederlich ist, und er nicht eheliche Descendenz hat, so kann er sich an den Regenten mit der Bitte wenden, seine Konkubinenkinder per rescriptum zu legitimiren. Wurde dann dies durch Rescript genehmigt, so galt das unter Nr. 1 Gesagte[2].

Da hiernach der Vater die Möglichkeit hatte, die Konkubinenkinder zu sich und zur väterlichen Familie in das Verhältnis ehelicher Kinder durch Legitimation zu bringen, so verbot Justinian dem Vater, seine Konkubinenkinder zu arrogiren[3].

Das römische Recht kannte auch noch eine dritte Legitimationsart zur Begünstigung des Dekurionats, welche aber beschränktere Wirkungen hatte, jedoch bei unehelichen Kindern jeder Art zulässig gewesen zu sein scheint. Sie trat dadurch ein, daß der Vater seinen unehelichen Sohn zum Eintritt in das Dekurionat bestimmte, oder seine uneheliche Tochter an einen decurio verheirathete, sog. legitimatio per oblationem curiae[4].

II. Gemeines deutsches Recht. — Von einer legitimatio per oblationem curiae konnte in Deutschland nicht die Rede sein, da es ein dem Dekurionat entsprechendes Institut nicht gab. Aber in Deutschland hätte eigentlich das ganze Institut der Legitimation wegfallen müssen, da es im Übrigen (Nr. I. 1. 2.) sich bloß auf Kinder aus einem erlaubten Konkubinat bezog. Allein das kanonische Recht (das schon den Konkubinat mißbilligte) ließ doch mit Recht das Institut nicht fallen, sondern erstreckte es nur (konsequent) auf alle uneheliche Kinder und dies erkennt auch das deutsche Gewohnheitsrecht an und so gilt bei uns über die Legitimation Folgendes: Uneheliche Kinder jeder Art können bei uns legitimirt werden[5]. Die Legitimation kann geschehen entweder per subsequens matrimonium (Nr. I. 1.) oder per rescriptum principis in den Fällen, in denen diese Legitimation nach römischem Recht bei Konkubinenkindern zulässig war. Doch ist hierüber noch zu bemerken:

1) Der Vater erwirbt durch die Legitimation auch die väterliche Gewalt über das Kind. Da aber ein homo sui iuris nicht wider

---

[2] Arndts l. c. Nr. 2. — Nov. 74 cap. 1. 2.; Nov. 89 cap. 9. 10.

[3] S. Arndts § 423 Note c.

[4] Nov. 89 cap. 2 u. 6 und Arndts § 476 Anm. 3 a. E.

[5] Auch adulterini und incestuosi. S. Arndts § 421 Anm. 1 und Bangerow ibi cit.

seinen Willen unter die väterliche Gewalt gebracht werden kann[6], so wird zum Eintritt einer Legitimation erfordert, daß das Kind nicht widerspreche[7]. Dies gilt auch bei uns bei der legitimatio per rescriptum principis. Aber nach kanonischem Recht nimmt man an, daß beim subsequens matrimonium auch das der Legitimation widersprechende Kind legitimirt werde; aber in die väterliche Gewalt kommt es auch hier nicht[8].

2) Die per rescriptum Legitimirten sind nach deutschem Recht unfähig, dem Vater und den väterlichen Verwandten in Lehen und deutschrechtlichen Stammgütern zu succediren. Ob das Gleiche auch bei den per subsequens matrimonium Legitimirten gilt, ist sehr bestritten[9].

Überhaupt werden von manchen Partikularrechten die Wirkungen der legitimatio per rescriptum in Beziehung auf die väterliche Familie sehr beschränkt.

3) Hatte bei der Legitimation das Kind bereits eine selbständige Lebensstellung: so kommt es nicht in die Gewalt[10]; aber die übrigen Wirkungen der Legitimation treten ein[11].

4) Ein besonderer Fall der legitimatio per rescriptum ist die sog. legitimatio per testamentum. Wenn nämlich der Vater sein uneheliches Kind zum Erben einsetzt[12] und erklärt, er wünsche, daß es legitimirt werde: so kann, wenn überhaupt die Bedingungen der legitimatio per rescriptum vorhanden waren, und das Kind die Erbschaft antritt, dasselbe noch nach des Vaters Tod um legitimatio per rescriptum einkommen[13].

5) Aus der Ausdehnung der Möglichkeit einer Legitimation auf alle unehelichen Kinder folgt auch, daß bei uns der Vater sein uneheliches Kind nicht arrogiren kann, weil die Quellen davon ausgehen, daß, wo Legitimation möglich ist, die Arrogation ausgeschlossen sein soll[14].

---

[6] D. de his qui sui iuris 1, 6 l. 11; s. auch die Lehre von der Adoption.
[7] Durch einen solchen Widerspruch wird die Legitimation gehindert. Nov. 89 cap. 11.
[8] Arndts § 421 a. E.
[9] Das Nähere darüber gehört in das deutsche Privatrecht.
[10] Dies wird meist übersehen.
[11] Es gilt in diesem Fall das oben § 251 Lit. A Nr. IV 2 Ausgeführte.
[12] Diese Bedingung läßt Arndts l. c. weg.
[13] Arndts l. c. Note d und Anm. 3 und Bangerow ibi cit.
[14] Arndts § 423 Nr. 4.

Fünfter Abſchnitt.

Die Vormundſchaft.

Erſtes Kapitel. Begriff und Arten der Vormundſchaft und die Obervormundſchaft.

§ 260.

(Arndts §§ 439—441.)

Die Vormundſchaft bildet ihrem Grundgedanken nach eine Ergänzung des Familienſchutzes. Sie ſoll eingreifen, wo die hausväterliche Sorge nicht ausreicht oder fehlt. Sie iſt eine unter der Oberaufſicht des Staats ſtehende Fürſorge für die Angelegenheiten ſchutzbedürftiger Perſonen und auch für ſolche Vermögensmaſſen, die einen beſonderen Vertreter nöthig haben. Die Verhältniſſe, durch die eine Vormundſchaft veranlaßt und begründet werden kann, ſind:

1) Jugend (Die Altersvormundſchaft §§ 261—265).

2) Geiſteskrankheit (§ 266).

3) Verſchwendung (§ 266).

4) Die Qualität einer ſog. preſthaften Perſon (cura debilium, § 267).

5) Geſchlecht. Das deutſche, wie das ältere römiſche Recht gehen davon aus, daß Frauensperſonen immer eines männlichen Schutzes in ihren bürgerlichen Angelegenheiten bedürfen[1].

6) Außerdem kommen noch Kuratelen über gewiſſe Vermögensmaſſen vor (curae bonorum[2]).

---

[1] Das Nähere über die römiſche tutela mulierum, welche in den Kaiſerzeiten beſeitigt wurde, gehört in die Rechtsgeſchichte; und die deutſchrechtliche Geſchlechtsvormundſchaft, die ſich nur in einigen Partikularrechten erhalten hat, iſt im Germanicum zu entwickeln.

[2] S. Arndts § 296 und über einzelne Fälle ſ. daſelbſt §§ 536—538. — Über den römiſchen Unterſchied zwiſchen tutela und cura ſ. unten § 261.

Das ganze Vormundschaftswesen steht unter der Oberaufsicht des Staats. In dieser Beziehung bezeichnet man die Thätigkeit (Wirksamkeit und Einfluß) der öffentlichen Behörden bei der Vormundschaft durch: Obervormundschaft[3].

Obervormundschaftliche Behörde ist nach gemeinem Recht der ordentliche Civilrichter, unter welchem der zu Bevormundende steht[4]. Das römische Recht gestattete übrigens die Einmischung einer Behörde in die Vormundschaftsangelegenheiten nur sehr beschränkt. Ganz anders das deutsche Recht (seit dem 16. Jahrhundert). Der Vormund steht schon nach den Reichsgesetzen des 16. Jahrhunderts, der Reichs-Polizei-Ordnung von 1548 und der gemeinrechtlich noch geltenden neuesten von 1577 unter steter Kontrole der Behörde[5], und Dieses wurde in den meisten Partikularrechten noch möglichst erweitert, so daß dem Vormund durch die obervormundschaftliche Behörde im Übermaße die Hände gebunden sind.

Die wichtigsten obervormundschaftlichen Funktionen sind nach gemeinem deutschen Recht: die Vormünder zu bestätigen und zu verpflichten und in vielen Fällen sie zu ernennen, über Verschwender und Geisteskranke Vormundschaft zu verhängen, einen unfähigen Vormund zu entfernen, bei wichtigen Verwaltungsakten, namentlich bei Veräußerungen von Sachen des Bevormundeten, zu konkurriren, den Vormund fortwährend zu kontroliren und von ihm jährlich Rechnung über seine Verwaltung zu verlangen[6].

Zweites Kapitel. Altersvormundschaft.

Einleitung.

§ 261.

(Arndts § 440 Nr. 1 und § 452.)

Volljährig oder großjährig (majorenn, maiores) sind nach dem römischen und dem ehemaligen gemeinen deutschen Recht Die-

[3] Arndts § 441. 462. — Die Römer hatten dafür keinen technischen Ausdruck.
[4] Vgl. Arndts § 462 Note a. b.
[5] Vgl. Arndts § 440 Anm. 2; § 441 Anm. 1.
[6] Arndts § 462 Abs. 2. — Über den angeblichen Familienrath (Arndts § 441 Anm. 2) s. oben § 247.

jenigen, welche das 25. Lebensjahr vollendet haben (maiores viginti quinque annis), — aber nach unserem jetzigen gemeinen Recht Diejenigen, welche das 21. Jahr zurückgelegt haben[1].

Minderjährig (minores, minorenn) sind Diejenigen, welche das genannte Alter (also nach unserem jetzigen Recht das 21. Jahr) noch nicht vollendet haben. Diese Minderjährigen sind impuberes (geschlechtsunreif) und zwar Knaben bis zum vollendeten 14., Mädchen bis zum vollendeten 12. Jahr; puberes (geschlechtsreif) vom vollendeten 14., resp. 12. Jahre an bis zur Volljährigkeit. — Der Ausdruck „mündig", „Mündigkeit" bedeutet nach dem alten deutschen Sprachgebrauch die Volljährigkeit; „unmündig" die Minderjährigkeit[2].

Altersvormundschaft ist die Vormundschaft, unter welcher Jemand deßhalb steht, weil er noch im unselbständigen Alter ist. Dieses Alter ist bei uns durchweg die Minderjährigkeit. Jeder Minderjährige muß nach deutschem Recht einen Vormund bekommen, weil er als unselbständig betrachtet wird[3].

Im römischen Recht war dies anders; nach ihm hatte die Altersvormundschaft eine viel engere Grenze; es ist daher zu unterscheiden[4]:

I. Römisches Recht. — Die Römer hatten keine technischen Ausdrücke für alle Fälle der Vormundschaft. Sie theilten sie in zwei Gattungen, die sie durch tutela und cura bezeichneten, und unterschieden dann durch Beisätze die einzelnen Fälle dieser Gattungen und sprachen so von tutela impuberum, tutela mulierum, und von cura minorum, furiosorum, prodigorum. Tutela hieß die in der Kaiserzeit erloschene Vormundschaft über mündige Frauen, ferner die regelmäßige Vormundschaft über Pupillen, d. h. über impuberes, welche sui iuris sind, also nicht in väterlicher Gewalt stehen. Bei allen anderen Bevormundeten kam eine tutela nie vor. In diesen anderen Fällen wurde die Vormundschaft stets bezeichnet durch: cura

[1] Reichsgesetz vom 17. Februar 1875.

[2] Allein die meisten Civilisten, auch Arndts, bezeichnen durch „Mündige" die minderjährigen puberes (Geschlechtsreife), durch „Unmündige" die impuberes.

[3] S. oben § 48 (Th. I S. 214 f.).

[4] Um das römische Recht über Altersvormundschaft zu verstehen, müssen die allgemeinen Begriffe: tutela und cura nothwendig genau entwickelt werden. Die Älteren geben dies meist falsch; aber auch viele Neuere sind sehr ungenau; die besten Andeutungen sind von Savigny in seiner Schrift: Beruf unserer Zeit ꝛc. —

oder curatio[5]. Den Grund und die Erklärung dieser Unterscheidung wollten die älteren Civilisten[6], gewöhnlich darin finden: tutor sei der Vormund, welcher bloß für die Person des Bevormundeten, curator ein Vormund, welcher bloß für das Vermögen desselben zu sorgen gehabt habe. Allein dies ist schon deßhalb falsch, weil es auch curatores gab, die durchaus auch für die Person des Kuranden zu sorgen hatten, nämlich die curatores furiosorum, und weil der tutor eines impubes nicht bloß für die Person, sondern auch für das Vermögen des impubes zu sorgen und es zu verwalten hatte[7].

Die wesentliche Verschiedenheit beider Institute lag vielmehr in Folgendem. Tutela war diejenige Vormundschaft, bei der allein eine auctoritas des Vormunds nöthig sein und vorkommen konnte; tutor hieß der zur auctoritas befugte Vormund. Cura, curatio dagegen waren die Vormundschaften, bei welchen eine solche auctoritas nicht vorkommen konnte. Dies wird durch Folgendes bewiesen und erklärt. Das Gewöhnliche bei der Vormundschaft ist, daß der Vormund die Angelegenheiten des Mündels allein und ohne dessen Zuziehung besorgt; dies heißt gerere oder gestio des Vormunds und in dieser Hinsicht ist kein Unterschied zwischen tutor und curator, d. h. Beide können geriren; der Vormund kann aber auch den Mündel selbst ein Geschäft schließen lassen und bei gewissen Geschäften muß der Mündel selbst mit handeln; Letzteres war namentlich nach dem römischen Recht sehr häufig, weil nach ihm bei den meisten Rechtsgeschäften eine Eingehung derselben durch Stellvertreter ausgeschlossen war, der Vormund also in solchen Fällen das Geschäft nicht allein für den Mündel schließen konnte[8], sondern der Mündel selbst handeln mußte. Auf solche Fälle allein nun, in denen der Mündel bei einem Geschäft selbst handelt (sei es, weil seine Theilnahme nothwendig war, wie z. B. beim Antritt einer Erbschaft, oder weil es mit Bewilligung des Vormunds geschieht), bezieht sich die auctoritas und die charakteristische Verschiedenheit zwischen tutela und cura.

Ein infans nämlich[9] kann gar nicht handeln, da es ganz

---

[5] Nicht: curatela. Dieser bei uns sehr häufig gebrauchte Ausdruck ist keine römische Bezeichnung. —

[6] Besonders wegen Stellen wie D. de testamentaria tutela 26, 2 l. 14.

[7] D. de admin. tut. 26, 7 l. 12 § 3 und tot. tit.

[8] S. oben § 83 Beil. I (Th. I S. 415 f.) und unten § 264 Nr. III.

[9] D. h. ein Kind, das noch nicht 7 Jahre alt ist (vgl. oben § 48 Th. I S. 216).

willensunfähig ist[10]; für dasselbe muß daher der Vormund stets, so weit es überhaupt zulässig ist, Alles allein besorgen, also geriren[11]. Ein impubes infantia maior dagegen kann je nach seiner Entwicklung natürliche Handlungsfähigkeit haben; deßhalb ist er fähig, selbständig Erwerbungen zu machen[12]. Allein um verpflichtende Geschäfte einzugehen, dazu ist er doch nicht reif genug, sein Wille ist hierzu noch unvollkommen, bedarf gleichsam einer Ergänzung durch einen fremden Willen. Hier nun ging das römische Recht davon aus, daß diese Ergänzung nur durch einen bei dem Geschäft selbst in Person anwesenden Vormund möglich sei[13].

Wenn daher ein impubes infantia maior ein verpflichtendes Geschäft schließen wollte oder sollte[14], so konnte dies nur geschehen, wenn beim Abschluß des Geschäfts der Vormund persönlich gegenwärtig war und den unvollkommenen Willen des impubes dadurch ergänzte, daß er zum Geschäft seine unbedingte Zustimmung gab. Ein Vormund, welcher zu dieser Ergänzung der Willensfähigkeit des impubes berechtigt ist, hieß tutor. Eine solche Ergänzung durch einen beim Geschäft anwesenden tutor hieß auctoritas tutoris[15]; und davon hieß die Vormundschaft über impuberes: tutela impuberum.

Eine solche auctoritas nun konnte (abgesehen von der antiquirten tutela mulierum) bei anderen Vormundschaften gar nicht vorkommen; diese hießen deßhalb bloß cura oder curatio. Sie konnte nicht vorkommen bei der Vormundschaft über Geisteskranke, weil diese völlig willensunfähig sind, also gar nicht mithandeln können, für sie somit der Vormund Alles allein besorgen (geriren) muß, so weit es überhaupt zulässig ist. Auch nicht bei der Vormundschaft über einen pubes minor; denn bei diesem ist das Alter nicht mehr ein Hindernis der vollkommenen Willensfähigkeit[16], und nach römischem Recht hatte er auch juristische Handlungsfähigkeit so, daß er sein Vermögen

---

[10] Arndts § 452 Note a. Vgl. oben Th. I S. 216.

[11] Vgl. Arndts § 59 Nr. 2. [12] S. oben § 48 (Th. I S. 216).

[13] Bei schriftlichem Abschluß des Geschäfts konnte die auctoritas schriftlich interponirt werden. D. de auct. tut. 26, 8 l. 9 § 6. Windscheid Pand. § 442 Note 3.

[14] S. unten § 264 Nr. III.

[15] Auctoritatem accommodare, interponere, praestare; tutor auctor est. I. de auctoritate tutorum 1, 21 tot. tit.; D. eod. tit. 26, 8 l. 3, 7, 8, 19. Arndts § 452 Note c—g.

[16] Arndts § 36, § 452 Note h. Vgl. oben § 48 Nr. III (Th. I S. 218).

allein verwalten und sich selbständig verpflichten konnte und daher in der Regel keinen Vormund bekam. Nur ausnahmsweise hatte er zu einigen Geschäften einen Vormund nöthig[17]; auch stand es ihm frei, sich für alle seine Vermögensangelegenheiten einen Generalvormund zu erbitten[18], den er dann bis zu seiner Volljährigkeit behalten mußte; und dann hatte dieser Vormund das Vermögen des pubes zu verwalten und konnte der pubes Nichts ohne seine Zustimmung veräußern[19]. Aber in diesen Fällen war der Vormund niemals ein tutor; denn die puberes bedurften (auch wenn sie eine Veräußerung vornehmen wollten) nicht einer Ergänzung ihrer Willensfähigkeit durch auctoritas eines (persönlich) anwesenden tutor, da sie ja schon an sich volle Willensfähigkeit haben. Sie hatten nur eine Zustimmung des Vormundes, den consensus desselben nöthig, wenn sie Etwas veräußern wollten[20]. Deßhalb hieß bei ihnen der Vormund niemals tutor, sondern curator. Seinen consensus aber konnte ein solcher curator gültig geben ohne alle Form, schriftlich oder mündlich, vor, bei oder nach dem Geschäft, bedingt oder unbedingt[21]. Dadurch unterschied sich der consensus curatoris ganz wesentlich von der auctoritas tutoris. Ebenso bekam ein Volljähriger, welcher wegen Verschwendung unter Vormundschaft gesetzt wurde, niemals einen tutor, sondern bloß einen curator (cura prodigi). Denn ein solcher prodigus ist an sich durchaus willensfähig; nur hat er zu verpflichtenden Rechtsgeschäften den Konsens seines curator nöthig, um ihn vor Schaden zu wahren, nicht aber die auctoritas eines Vormundes. Solche Vormundschaften nun, bei denen es nie zu einer auctoritas eines tutor kommen konnte, hießen cura oder curatio.

Übrigens konnte auch ein impubes einen bloßen curator bekommen; aber nur in Fällen, in welchen er gar nicht zu handeln hat oder nicht handeln kann, also eine auctoritas nicht nöthig war; er konnte dann einen curator bekommen neben seinem tutor, z. B. wenn der curator bloß einzelne Vermögenstheile verwalten sollte oder statt eines tutor, wenn voraus zu sehen war, daß der impubes niemals in die Lage kommen würde, bei einem Geschäft selbst thätig zu

---

[17] Arndts § 452 Note l—m. [18] Arndts § 440 Note b. c.

[19] I. de curat. 1, 23 § 2; D. qui pet. tut. 26, 6 l. 2 § 5.

[20] Und wenn sie eines der bei Arndts § 452 bei Note l—k angeführten Geschäfte vornehmen wollten.

[21] Seine Gegenwart war zum Geschäft nicht nöthig.

sein, z. B. wenn er blödsinnig war. Wenn aber der impubes bei einem Geschäft selbst handeln sollte, so mußte er stets einen tutor haben, weil nur ein tutor auctoritatem interponiren durfte, und deßhalb wurde den impuberes, wenn ihnen ein Vormund zu bestellen war, beinahe immer ein tutor bestellt (nicht ein curator), da bei einem impubes die Nothwendigkeit eines solchen Handelns leicht vorkommen konnte.

So war daher die tutela nach römischem Recht die (regelmäßige) Vormundschaft über impuberes, mit welcher die Befähigung zur auctoritas verbunden war; cura dagegen jede andere Vormundschaft, bei der es nie zur Nothwendigkeit der auctoritas kommen konnte[22].

II. Deutsches Recht. — Der feine Unterschied, den das römische Recht zwischen Ergänzung der Willensfähigkeit durch auctoritas und bloßer Ertheilung eines formlosen Konsenses, macht, war dem deutschen Recht stets fremd; ferner war ihm fremd bei Minderjährigen in Betreff selbständiger Stellung und Verpflichtungsfähigkeit zu unterscheiden zwischen puberes und impuberes. Vielmehr behandelte es in dieser Hinsicht stets alle Minderjährige gleich, erklärt alle für juristisch unfähig, sich selbständig durch Rechtsgeschäfte zu verpflichten und ihr Vermögen zu verwalten und setzt Alle unter Vormundschaft, mögen sie puberes oder impuberes sein und mögen sie wollen oder nicht[23].

Damit fiel schon von selbst jeder Grund weg, bei der Altersvormundschaft eine tutela und eine cura zu unterscheiden.

Hiernach gilt nach deutschem Recht Folgendes:

1) Jeder Minderjährige, sei er pubes oder impubes, muß einen

---

[22] Arndts § 440 Note d. e. und Anm. 1. — Vgl. besonders Savigny Vermischte Schriften Bd. II S. 325 ff. — Noch ist zu bemerken, daß im alten römischen Recht bei der tutela auch noch der Gesichtspunkt vorherrschte, man müsse sie dem nächsten Erben, also dem nächsten Agnaten (Patron) übertragen, damit dieser besonders für das Vermögen, das er zu hoffen habe, sorgen könne (D. de legit. tut. 26, 4 l. 1 pr.), so daß die Tutel häufig vom Gesichtspunkt einer Art von Vermögensrecht, einer Gewalt aufgefaßt wird. Allein mit diesem Gesichtspunkt verband sich doch auch der natürliche des Schutzes und der Fürsorge und der Pflicht, welche später das Wesentliche blieb, so daß die Vormundschaft als ein munus publicum, eine in der Bürgerpflicht liegende Obliegenheit betrachtet wurde und wird, dem man sich nicht ohne triftige excusationes entziehen kann.

[23] Dieses sprechen auch die deutschen Reichs-Polizei-Ordnungen (von 1548 und 1577) im Wesentlichen aus, s. Arndts § 440 Anm. 2 und oben § 48 Nr. III Lit. B B (Th. I S. 224).

Vormund haben[24]. Steht er noch unter väterlicher Gewalt, so übt sein Hausvater die Rechte eines Vormundes aus und kann ihn bei seinen Rechtsgeschäften als Vormund vertreten[25].

2) Jeder Minderjährige, auch der pubes, ist unfähig, sein Vermögen zu verwalten, Etwas zu veräußern, überhaupt sich selbständig durch Rechtsgeschäfte zu verpflichten. Will bei uns (irgend) ein Minderjähriger ein verpflichtendes Geschäft eingehen, so hat er Zustimmung seines Vormundes nöthig[26]. Aber hier unterscheidet das deutsche Recht nicht zwischen auctoritas und consensus; es verlangt bloß Konsens des Vormundes ohne alle Form und dieser genügt auch bei impuberes infantia maiores. Die besondere Form der römischen auctoritas tutoris ist also bei uns unpraktisch[27]. Dem impubes wird daher nicht ein tutor und wenn er das 14. Jahr zurückgelegt hat, ein curator bestellt, sondern es wird jedem Minderjährigen (auch dem impubes), der nicht schon in seinem Hausvater seinen Vormund hat[28] (der also sui iuris ist) eben ein Altersvormund bestellt, den er bis zur Volljährigkeit behält.

Für diese Resultate[29] ist durchaus auch die gemeinrechtliche Praxis und die überwiegend herrschende Ansicht unter den Schriftstellern[30].

Was unseren Sprachgebrauch betrifft, so gebrauchen auch wir gewöhnlich den Ausdruck Pupill für einen impubes sui iuris (nicht unter väterlicher Gewalt), der unter Vormundschaft steht; und wenn wir von tutor, Tutel sprechen: so nehmen wir es bald im römischen Sinn für Vormundschaft über einen impubes, bald für Altersvormundschaft überhaupt.

---

[24] Arndts § 440 Anm. 2.

[25] S. oben § 48 Nr. IV (Th. I S. 225 f.). — Kraut Vormundschaft Bd. II § 108. Rudorff Vormundschaft Bd. I S. 177 und die Urtheile bei Seuffert, welche Windscheid Pand. § 432 Note 5 a. E. anführt.

[26] Vgl. oben § 48 Nr. III Lit. BB (Th. I S. 224).

[27] Deßhalb unterscheidet das deutsche Recht gar nicht zwischen einer tutela impuberum und einer cura minorum; es kennt bloß Eine Altersvormundschaft, die bis zur Volljährigkeit dauert (vgl. oben § 48 Nr. III Lit. CC (Th. I S. 225).

[28] Und auch dem Hauskind bei Akten, bei welchen das Interesse des Hausvaters betheiligt ist, s. oben § 48 Anm. 27 (Th. I S. 226).

[29] Sie sind aber — sehr mit Unrecht — noch von Einigen bestritten, z. B. von Bangerow Pand. § 291 Anm. 2 a. E.; Windscheid Pand. § 442 Note 3.

[30] Namentlich werden sie anerkannt von Savigny Vermischte Schriften Bd. II S. 293 f.; Rudorff Vormundschaft Bd. I S. 414 f.; Kraut Vormundschaft Bd. I § 108; Arndts § 452.

Bestellung des Altersvormunds.

§ 262.

(Arndts §§ 242—248.)

Hier kommt Folgendes in Betracht:

I. Fähigkeit zur Vormundschaft. Der Vormund soll in allen Angelegenheiten des Mündels dessen Fürsorger und Berather sein. Es kann daher nur ein hierzu Befähigter, von jedem Verdacht des Mißbrauchs seiner Stellung Freier, zur Vormundschaft zugelassen werden. Diese Befähigung nimmt aber das Gesetz in der Regel an bei jeder volljährigen Person männlichen Geschlechts[1].

II. Berufung zur Vormundschaft (Delation derselben). — Was in dieser Beziehung das römische Recht über die tutela impuberum bestimmte, erstreckt das deutsche Recht[2] auf die Altersvormundschaft überhaupt und so geschieht die Berufung zur Altersvormundschaft

1) zunächst durch letztwillige Verfügung: testamentarische Vormundschaft (tutela oder cura testamentaria) und zwar

a. kann der Hausvater in seinem Testamente oder in codicillis testamento confirmatis für den Fall seines Todes Vormünder für seine minderjährigen Kinder ernennen[2]. Hier wird dem Ernannten die Vormundschaft deferirt, sobald der Erbe die Erbschaft des Testirers angetreten hat (und er muß sich ihr unterziehen, wenn er keine gültige excusationes hat): eigentliche testamentarische Vormundschaft, sog. testamentaria propria oder perfecta[3];

b. uneigentliche (sog. testamentaria impropria oder imperfecta[4]. In diesen Fällen tritt die Delation nicht sofort nach Antretung der Erbschaft ein, sondern erst, wenn der Richter die Ernennung bestätigt (sog. confirmatio Romana).

---

[1] Über die Ausnahmen s. Arndts §§ 442. 443. — Frauenspersonen werden zu Vormundschaften nur zugelassen, wenn sie Mutter oder Großmutter der Mündel sind, und auch dann ist die Übernahme der Vormundschaft nur ihr Recht, nicht ihre Pflicht. Arndts § 442 Note d. e.

[2] R. P. O. von 1577 tit. 32 § 1.

[3] Arndts § 444 Note a—g. Nach der Reichs-Polizei-Ordnung ist wohl jeder von den Eltern im letzten Willen ernannte Vormund ein proprius.

[4] Hierüber s. Arndts § 444 bei Note l—m. Nur ist das bei Note l Gesagte falsch; der Vater konnte nicht seinen unehelichen Kindern überhaupt, sondern nur seinen Konkubinen-Kindern im Testament einen Vormund ernennen.

2) Unmittelbar durch das Gesetz: gesetzliche Vormundschaft. Ist kein testamentarischer Vormund oder kein fähiger ernannt oder fällt der Ernannte weg, so haben Recht und Pflicht, die Vormundschaft des Minderjährigen zu übernehmen, seine nächsten Angehörigen, d. h. die Verwandten, welche seine nächsten Intestaterben sein würden und wenn mehrere die gleich nächsten sind: alle mit einander[5].

3) Ernennung durch die Obrigkeit (tutela oder cura dativa). Diese tritt ein, wenn weder ein testamentarius noch legitimus da ist oder der Berufene von der Vormundschaft ausgeschlossen oder entbunden wird, oder für eine gewisse Zeit oder zu gewissen Geschäften neben dem vorhandenen Vormund noch ein weiterer zu bestellen ist[6].

III. Pflicht zur petitio tutoris[7]. Sie besteht bloß bei impuberes, welche eines Vormunds bedürfen und fällt bei uns dann weg, wenn die Obervormundschaftsbehörde sonst Kenntnis von dem Bedürfnis bekommt, weil diese dann von Amtswegen für die Bevormundung sorgen muß.

IV. Übernahme der Vormundschaft. Wer (nach Nr. II) zur Vormundschaft berufen ist, hat

1) nicht bloß ein Recht zur Übernahme, sondern auch (mit Ausnahme der Mutter und Großmutter) die Pflicht dazu. Es ist dies eine allgemeine Bürgerpflicht, der sich Jeder unterziehen muß (ein munus publicum), wenn man nicht besondere, vom Gesetz bezeichnete Befreiungsgründe (excusationes) hat, die man aber innerhalb einer bestimmten Frist vorbringen muß[8].

2) Nach deutschem Recht ist dann noch eine förmliche Einsetzung des Berufenen in die Vormundschaft und eine Beeidigung

---

[5] Arndts § 444 Nr. 2. Diese Vormundschaft hieß legitima tutela, weil nach dem vorjustinianischen Recht bloß die Agnaten zu ihr berufen waren. Nur ging der Vater als parens manumissor allen Agnaten vor (Arndts § 444 Anm. 1; vgl. oben § 252 Nr. VI 2 Anm. 12). Nach dem neuesten römischen Recht hängt das Civil-Intestat-Erbrecht, also auch die Berufung zur Vormundschaft, gar nicht mehr von der Agnation ab. Es werden nun zur gesetzlichen Vormundschaft berufen die erbfähigen Verwandten des Mündels, mögen sie Agnaten sein oder nicht, nach der Ordnung des § 277 (unten); so jedoch, daß die Mutter allen Seitenverwandten vorgeht (Nov. 118 cap. 5). Streit ist über das Verhältnis des Vaters; allein die Entscheidung ist einfach: bei dem unehelichen Kind hat der Vater gar kein Recht zur Vormundschaft; bei legitimen Kindern aber kommt es zur Bestellung eines Vormunds in der Regel nur, wenn der Vater gestorben ist.

[6] Arndts § 444 Note x—x. — Über Arndts § 445 s. unten § 266.

[7] Darüber s. Arndts § 446. [8] Näheres darüber s. bei Arndts § 647.

Bestellung des Altersvormunds.

§ 262.

(Arndts §§ 242—248.)

Hier kommt Folgendes in Betracht:

I. Fähigkeit zur Vormundschaft. Der Vormund soll in allen Angelegenheiten des Mündels dessen Fürsorger und Berather sein. Es kann daher nur ein hierzu Befähigter, von jedem Verdacht des Mißbrauchs seiner Stellung Freier, zur Vormundschaft zugelassen werden. Diese Befähigung nimmt aber das Gesetz in der Regel an bei jeder volljährigen Person männlichen Geschlechts[1].

II. Berufung zur Vormundschaft (Delation derselben). — Was in dieser Beziehung das römische Recht über die tutela impuberum bestimmte, erstreckt das deutsche Recht[2] auf die Altersvormundschaft überhaupt und so geschieht die Berufung zur Altersvormundschaft

1) zunächst durch letztwillige Verfügung: testamentarische Vormundschaft (tutela oder cura testamentaria) und zwar

a. kann der Hausvater in seinem Testamente oder in codicillis testamento confirmatis für den Fall seines Todes Vormünder für seine minderjährigen Kinder ernennen[2]. Hier wird dem Ernannten die Vormundschaft deferirt, sobald der Erbe die Erbschaft des Testirers angetreten hat (und er muß sich ihr unterziehen, wenn er keine gültige excusationes hat): eigentliche testamentarische Vormundschaft, sog. testamentaria propria oder perfecta[3];

b. uneigentliche (sog. testamentaria impropria oder imperfecta[4]. In diesen Fällen tritt die Delation nicht sofort nach Antretung der Erbschaft ein, sondern erst, wenn der Richter die Ernennung bestätigt (sog. confirmatio Romana).

---

[1] Über die Ausnahmen s. Arndts §§ 442. 443. — Frauenspersonen werden zu Vormundschaften nur zugelassen, wenn sie Mutter oder Großmutter der Mündel sind, und auch dann ist die Übernahme der Vormundschaft nur ihr Recht, nicht ihre Pflicht. Arndts § 442 Note d. e.

[2] R. P. O. von 1577 tit. 32 § 1.

[3] Arndts § 444 Note a—g. Nach der Reichs-Polizei-Ordnung ist wohl jeder von den Eltern im letzten Willen ernannte Vormund ein proprius.

[4] Hierüber s. Arndts § 444 bei Note l—m. Nur ist das bei Note l Gesagte falsch; der Vater konnte nicht seinen unehelichen Kindern überhaupt, sondern nur seinen Konkubinen-Kindern im Testament einen Vormund ernennen.

2) Unmittelbar durch das Gesetz: gesetzliche Vormundschaft. Ist kein testamentarischer Vormund oder kein fähiger ernannt oder fällt der Ernannte weg, so haben Recht und Pflicht, die Vormundschaft des Minderjährigen zu übernehmen, seine nächsten Angehörigen, d. h. die Verwandten, welche seine nächsten Intestaterben sein würden und wenn mehrere die gleich nächsten sind: alle mit einander[5].

3) Ernennung durch die Obrigkeit (tutela oder cura dativa). Diese tritt ein, wenn weder ein testamentarius noch legitimus da ist oder der Berufene von der Vormundschaft ausgeschlossen oder entbunden wird, oder für eine gewisse Zeit oder zu gewissen Geschäften neben dem vorhandenen Vormund noch ein weiterer zu bestellen ist[6].

III. Pflicht zur petitio tutoris[7]. Sie besteht bloß bei impuberes, welche eines Vormunds bedürfen und fällt bei uns dann weg, wenn die Obervormundschaftsbehörde sonst Kenntnis von dem Bedürfnis bekommt, weil diese dann von Amtswegen für die Bevormundung sorgen muß.

IV. Übernahme der Vormundschaft. Wer (nach Nr. II) zur Vormundschaft berufen ist, hat

1) nicht bloß ein Recht zur Übernahme, sondern auch (mit Ausnahme der Mutter und Großmutter) die Pflicht dazu. Es ist dies eine allgemeine Bürgerpflicht, der sich Jeder unterziehen muß (ein munus publicum), wenn man nicht besondere, vom Gesetz bezeichnete Befreiungsgründe (excusationes) hat, die man aber innerhalb einer bestimmten Frist vorbringen muß[8].

2) Nach deutschem Recht ist dann noch eine förmliche Einsetzung des Berufenen in die Vormundschaft und eine Beeidigung

---

[5] Arndts § 444 Nr. 2. Diese Vormundschaft hieß legitima tutela, weil nach dem vorjustinianischen Recht bloß die Agnaten zu ihr berufen waren. Nur ging der Vater als parens manumissor allen Agnaten vor (Arndts § 444 Anm. 1; vgl. oben § 252 Nr. VI 2 Anm. 12). Nach dem neuesten römischen Recht hängt das Civil-Intestat-Erbrecht, also auch die Berufung zur Vormundschaft, gar nicht mehr von der Agnation ab. Es werden nun zur gesetzlichen Vormundschaft berufen die erbfähigen Verwandten des Mündels, mögen sie Agnaten sein oder nicht, nach der Ordnung des § 277 (unten); so jedoch, daß die Mutter allen Seitenverwandten vorgeht (Nov. 118 cap. 5). Streit ist über das Verhältnis des Vaters; allein die Entscheidung ist einfach: bei dem unehelichen Kind hat der Vater gar kein Recht zur Vormundschaft; bei legitimen Kindern aber kommt es zur Bestellung eines Vormunds in der Regel nur, wenn der Vater gestorben ist.

[6] Arndts § 444 Note r—x. — Über Arndts § 445 f. unten § 266.

[7] Darüber s. Arndts § 446. [8] Näheres darüber s. bei Arndts § 647.

mischem Recht manche Schwierigkeit ein, weil nach demselben eine eigentliche Stellvertretung Dritter bei Rechtsgeschäften nur höchst beschränkt zulässig war. Es mußte der Vormund deßhalb in der Regel, wenn er allein für den Mündel kontrahiren wollte, das Geschäft auf eigenen Namen eingehen, selbst erwerben und sich verpflichten und dann mit dem Mündel bei Beendigung der Vormundschaft abrechnen; oder er konnte, wenn es sich bloß um Erwerbungen handelte, das Geschäft durch einen Sklaven des Mündels schließen lassen, weil, was dieser erwarb, sofort seinem Herrn zufiel. Später jedoch wurden die Beschränkungen bei der Stellvertretung überhaupt und noch besonders bei Vormündern in Manchem modificirt, namentlich eingeführt, daß Verbindlichkeiten, die ein Vormund als solcher im Interesse des Mündels übernahm, unmittelbar gegen den Mündel eingeklagt werden konnten und der Vormund nur dahin haftete, daß er sie aus dem Vermögen des Mündels tilge[6].

In Deutschland aber gilt der durch Gewohnheitsrecht eingeführte Grundsatz, daß bei Rechtsgeschäften überhaupt in der Regel wahre Stellvertretung zulässig ist, also auch der Vormund als gesetzlicher Stellvertreter für den Mündel Rechtsgeschäfte abschließen kann. Hiernach wird bei uns durch einen Vertrag, den der Vormund als Stellvertreter des Mündels mit Dritten schließt, sei es auf eigenen oder des Mündels Namen, wenn er nur dabei bemerkt, daß er es als Vormund thue, der Mündel allein unmittelbar berechtigt und verpflichtet. Dabei hat aber der Mündel, wenn ihm das Geschäft nachtheilig ist, das wichtige Recht der in integrum restitutio[7]. Auch haftet natürlich der Vormund mit seinem Vermögen dem Kontrahenten, wenn er seine Befugnis überschritt (vgl. Nr. IV.), oder das Geschäft auf eigenen Namen schloß, ohne zu sagen, daß er es als Vormund schließe, oder er gegen den Kontrahenten einen dolus beging. In solchen Fällen wird der Mündel nur in so weit verpflichtet, als er etwa durch die Handlung des Vormunds bereichert ist[8].

2) Will oder soll der Mündel selbst ein Geschäft eingehen,

---

[6] D. quando ex facto tutor. 26, 9 l. 5—8; Cod. de administr. tutor. 5, 37 cst. 26 (in der Mitte).

[7] Arndts § 119. Vgl. oben § 114 (Th. I S. 576 f.).

[8] D. l. c. l. 3 u. 4.

wovon natürlich nur die Rede sein kann, wenn er nicht mehr infans ist[9], so hat er, wenn er sich dadurch zu Etwas verpflichten oder Etwas veräußern will, dazu stets den Konsens des Vormunds nöthig[10]. Will der Mündel Sachen aus seinem Vermögen veräußern, so reicht in der Regel der Konsens des Vormunds nicht hin, sondern es ist noch ein decretum magistratus nöthig (s. Nr. IV.).

3) Einen letzten Willen über seinen Nachlaß errichten kann der Mündel, sobald er pubes ist, und dazu bedarf er keiner Zustimmung seines Vormunds[11], weil er sich dadurch zu Nichts verpflichtet, da ein letzter Wille stets widerruflich ist. Dagegen kann ein impubes nie testiren, nicht einmal mit Zustimmung des Vormunds[12].

IV. Die Vermögensverwaltung. Der Vormund muß Sorge tragen, nicht bloß für die Erhaltung des Vermögens des Mündels[13], sondern auch, wenn es möglich ist, für Vermehrung desselben[14]. Insbesondere muß er jede unnütze Ausgabe für den Mündel vermeiden, darf daher Nichts aus des Mündels Vermögen verschenken, ausgenommen so weit Sitte und Anstand ein Geschenk gebieten[15]. Aber auch bei onerosen Geschäften ist er sehr beschränkt; denn zu jeder Veräußerung von Mündelsachen ist[16] noch Gestattung des Richters, ein decretum magistratus nöthig nach folgenden näheren Bestimmungen:

1) Unter alienatio, Veräußerung, ist hier begriffen jede Sachveräußerung, bestehe sie im Weggeben der Sache selbst, z. B. Verkaufen, Vertauschen ꝛc., oder in einer dinglichen Belastung der Sache, z. B. Dritten an Sachen des Mündels ein Pfandrecht, eine

---

[9] Arndts § 452 Note a.

[10] Näheres hierüber und über Das, was Arndts im ersten Absatz des § 452 ausführt, s. oben § 261; und über den zweiten Absatz des § 452 (bei Arndts) vgl. unten §§ 266. 267.

[11] Anders bei Erb-Verträgen.

[12] D. de tutel. act. 27, 3 l. 1 § 1; qui testam. fac. poss. 28, 1 l. 5.

[13] Arndts § 454.

[14] Auf die bei Arndts § 455 angegebene Weise (Fortbetrieb des Gewerbes, Anlegung des Geldes auf Zinsen, Eintreibung unverzinslicher Forderungen ꝛc.).

[15] Vgl. Arndts § 456 Note b—d.

[16] Mit Ausnahme der bei Arndts § 457 bei Note f. g. y. z angeführten Fälle (res, quae servando servari nequeunt, wohin die Quellen auch alte Kleider und entbehrliche Thiere zählen; testamentarische Anordnungen des Vaters oder Anordnung eines Dritten, von dem die Sachen vermacht oder geschenkt sind; Geldzahlungen, was zwar nicht ausdrücklich gesagt, aber bei allen Stellen vorausgesetzt ist).

Servitut einräumen; oder im Aufgeben eines dem Mündel zustehenden dinglichen Rechts an fremden Sachen, z. B. eines Nießbrauchs[17].

Die Nothwendigkeit eines Dekretes bezieht sich also nur auf Rechte an Sachen (körperlichen Dingen), auf dingliche Rechte, die weggegeben oder gemindert werden sollen, nicht auch auf Einräumung persönlicher[18] Nutzungsrechte (von Seiten des Mündels), z. B. wenn der Vormund das Haus des Mündels vermiethen, sein Gut verpachten will. Dagegen fragt es sich, ob ein Dekret auch nöthig ist zur Veräußerung einer dem Mündel gehörigen Forderung, z. B. zum Verkauf derselben. Vor Justinian war hier ein Dekret nicht nöthig[19]. Aber ob auch nach justinianischem Recht und bei uns, dies ist sehr bestritten. Von Vielen wird die Frage bejaht. Allein das justinianische Recht enthält bloß die Bestimmung, daß bei Annahme von Zahlung einer Forderung des Mündels, wodurch also die Forderung getilgt (also erlöschen) würde[20], in so fern ein decretum magistratus nöthig ist, als der Schuldner, wenn er dem Vormund zahle, ohne daß dieser durch ein Dekret zur Annahme legitimirt würde, von seiner Schuld nicht befreit wird, sondern noch einmal zahlen muß, wenn das Gezahlte nicht wirklich dem Mündel zu Gute kam, z. B. wenn der Vormund das Bezahlte verschleuderte, zufällig verlor oder es unterschlug[21].

2) Nach römischem Recht durfte der Richter bei Sachveräußerungen[22] das Dekret nur geben, wenn die Veräußerung für den Mündel faktisch durchaus nothwendig ist, z. B. um das nöthige Geld zur Alimentation und Erziehung des Mündels zu bekommen, nicht aber wegen bloßer Nützlichkeit[23]. Wollte ein Vormund bloß aus Nützlichkeitsgründen veräußern, so mußte er durch ein rescriptum principis sich dazu legitimiren lassen[24]. Doch nimmt bei uns die Praxis an,

---

[17] Vgl. die Stellen bei Arndts § 457 Note m und D. de reb. eor. 27, 9 l. 3 § 4—6, l. 5 pr.; Cod. de adm. tut. 5, 37 cst. 22.

[18] Anders bei Nießbrauch.

[19] D. de administr. tutor. 26, 7 l. 22; de novat. 46, 2 l. 20 § 1, l. 46 § 1.

[20] Ausgenommen die Fälle bei Arndts § 457 Note h.

[21] Cod. de adm. tut. 5, 37 cst. 25, 27; I. quib. alienare non lic. 2, 8 § 2.

[22] Dies bezieht sich natürlich nicht auf Annahme von Zahlungen.

[23] D. de reb. eor. 27, 9 l. 5 § 14, l. 1 § 2, l. 9—11.

[24] Arndts § 457 Note x.

daß auch eine Veräußerung zu Nützlichkeitszwecken durch ein decretum magistratus zugelassen werden kann.

3) Wird bei einer Veräußerung gegen die ausgeführten Grundsätze gefehlt, so ist sie ungültig, nichtig[25]. Nur ist die Nichtigkeit eine heilbare, d. h. das Geschäft kann später konvaleſciren, namentlich

a. wenn das Dekret auf die gehörige Weise noch nachgeholt wird[26];

b. wenn der volljährige Erbe des Mündels oder der Mündel selbst nach erreichter Volljährigkeit die Veräußerung ratihabirt[27]; oder

c. wenn der Mündel nach erreichter Volljährigkeit sein Recht aus der Nichtigkeit des Geschäfts 5 Jahre lang nicht geltend macht[28].

V. Verhältnis mehrerer Vormünder[29]. Es kann sein, daß Mehrere mit einander zu Einer Vormundschaft berufen werden, z. B. als legitimi (wenn der Minderjährige mehrere gleichnächst berufene Verwandte hat) oder als testamentarii (wenn der Vater seinem Kinde im Testament mehrere Personen zu Vormündern ernannte). In solchen Fällen sind Alle verbunden, mit einander sich der Vormundschaft zu unterziehen, und auch Alle an sich zur Mitverwaltung berechtigt. Sie können aber sich mit Genehmigung der obervormundschaftlichen Behörde über eine Theilung der Verwaltung vereinbaren oder auch die Einrichtung treffen, daß bloß Einer oder Einige die wirkliche Verwaltung führen, die Anderen nur zur Aufsicht und zur Berathung thätig sein sollen (tutores honorarii oder notitiae causa dati). Auch kann der Vater, wenn er mehrere testamentarii ernennt, eine solche Theilung unter ihnen treffen[30].

VI. Klagen bei der Vormundschaft[31].

---

[25] Arndts § 457 Note o—s.
[26] Cod. si maior factus alienationem 5, 74 cst. 2.
[27] Cod. si maior factus ratum habuerit 2, 46 cst. 1, 2.
[28] Arndts § 457 Note u. [29] Arndts § 458.
[30] Näheres hierüber s. bei Arndts § 458.
[31] Darüber s. Arndts § 459. 460; und über die sog. actio subsidiaria gegen die obervormundschaftliche Behörde s. Arndts § 462 Abs. 2. Nur ist zu bemerken, daß bei uns die (bei Arndts) § 460 Nr. 2—3 bemerkten Personen nicht für den Vormund haften, außer sie hätten die Haftpflicht ausdrücklich übernommen.

Protutoren.

§ 265.

(Arndts § 461.)

Es kann vorkommen, daß Jemand als Vormund für einen Minderjährigen thätig ist, ohne wirklich sein Vormund zu sein; mag er wissen, daß er nicht zur Vormundschaft berufen ist oder nicht[1]. Die römischen Quellen bezeichnen bei impuberes einen Solchen, wenn er sich als Vormund in die Verwaltung einmischt, durch protutor[2], und wenn er zu Geschäften des impubes seine auctoritas gab: durch falsus tutor[3].

Ein solcher Nichtvormund ist dem Mündel gegenüber zu demselben Fleiß verpflichtet, wie ein Vormund; er haftet also für dolus und culpa lata und sog. culpa levis in concreto[4]; und wenn er wußte, daß er nicht Vormund ist: für omnis culpa; und zwar nicht bloß für fahrlässige positive Handlungen, sondern auch für Unterlassungen in Fällen, in welchen er hätte handeln sollen und können[5]. Über Sachen des Mündels kann er natürlich nicht gültig disponiren[6], und seine Zustimmung zu verpflichtenden Geschäften des Mündels ist unwirksam[7].

Drittes Kapitel. Cura über Verschwender und Geisteskranke.

§ 266.

Ein Geisteskranker muß einen Vormund bekommen, weil er willens- und handlungsunfähig ist[1]. Ein Verschwender kann durch richterliche Verfügung einen Vormund bekommen, wenn er auf unsinnige Weise sein Vermögen zu verschleudern anfängt, so daß er dadurch in die Gefahr gänzlichen Ruins kommt[2].

Über beide Kuratelen gilt Folgendes.

---

[1] D. de eo qui pro tutore 27, 5 l. 1 § 1.
[2] Pro tutore negotia gerit. [3] Arndts l. c. Note a und c.
[4] D. de eo, qui pro tutore 27, 5 l. 4. [5] D. l. c. l. 1 § 9.
[6] D. l. c. l. 2; de reb. eor. qui sub tut. 27, 9 l. 8 pr.
[7] Das Geschäft ist eben wie ein ohne Vormund geschlossenes zu behandeln. — Über Arndts § 462 (Obervormundschaft) . oben § 260 a. E.

[1] S. oben § 49 (Th. I S. 228).
[2] Von den Römern bezeichnet durch prodigus oder: is, cui bonis interdictum est.

I. Sie werden nur dann beſtellt, wenn der Betreffende nicht ſchon wegen jugendlichen Alters einen Vormund nöthig hat[3]; alſo bei uns nur für Volljährige[4].

II. Der ordentliche Richter (der Perſon) verhängt die Vormundſchaft und ernennt die Vormünder nach ſeiner Wahl; ſie ſind alſo ſtets curatores dativi[5]. Dabei hat er aber zunächſt die im Teſtamente des Vaters oder der Mutter enthaltene Verfügung, wenn nicht ganz triftige Gründe entgegenſtehen, zu beachten; ſonſt aber ſoll er wo möglich den Vormund aus den nächſten Verwandten des Kuranden wählen; nur darf er nie zum curator eines prodigus deſſen Sohn ernennen[6]. Wird über Jemanden als Verſchwender eine Kuratel verhängt, ſo iſt die Prodigalitätserklärung öffentlich (vom Gericht) bekannt zu machen. Erſt von da an treten die Wirkungen der Prodigalitätserklärung im Verhältnis zu Dritten ein, z. B. bei Rechtsgeſchäften, die der prodigus ſchließt (Nr. III 2).

III. Über die Verwaltung bei dieſen Vormundſchaften gelten die bei der Altersvormundſchaft ausgeführten Grundſätze[7]. Nur iſt zu beachten:

1) Ein Geiſteskranker kann gar nicht handeln; für ihn muß alſo der Vormund ſtets geriren (wie beim infans)[8].

2) Dem prodigus wird durch die Kuratel bloß entzogen die Verwaltung ſeines Vermögens und die ſelbſtändige Verpflichtungsfähigkeit durch Rechtsgeſchäfte. In dieſer Hinſicht ſetzen ihn die Geſetze dem Geiſteskranken in ſo fern gleich, als verpflichtende Geſchäfte, die er ohne Konſens ſeines curator eingeht, abſolut nichtig ſind[9]. Dabei wurde ihm ſonderbarerweiſe auch noch die Teſtirfähigkeit entzogen[10]. Seine Perſon aber ſteht nicht unter dem curator.

---

[3] Arndts § 440 Note 1. l.

[4] Bei den Römern ebenſo, wenigſtens bei Geiſteskrankheit. Der geiſteskranke minor erhielt einen Altersvormund (tutor oder curator), nicht einen curator furiosi. D. de tutel. 26, 1 l. 3 pr. § 1.

[5] Arndts § 445.

[6] D. de curat. fur. dandis 27, 10 l. 1 § 1, l. 16.

[7] Arndts § 451 Note a § 457 Note b.

[8] Vgl. Arndts § 451 Note a.

[9] D. de V. O. 45, 1 l. 6. Arndts § 452 Note o. — Über Veräußerung von Sachen des prodigus oder Geiſteskranken gilt Dasſelbe, was bei Minderjährigen gilt, ſ. oben § 264 Nr. IV. D. de reb. eor. 27, 9 l. 8 § 1 l. 11; Cod. de adm. tut. 5, 37 cst. 28 § 4, 5.

[10] Arndts § 484 Note 1.

IV. Die cura furiosi endigt nach gemeinem Recht ganz von selbst, sobald der furiosus völlig gesundet, und auch in lichten Zwischenräumen ist sie für deren Dauer von selbst suspendirt, so daß in diesen der Kurand jedes Rechtsgeschäft, selbst Veräußerungen, gültig vornehmen und auch ein Testament machen kann[11].

Viertes Kapitel. Cura debilium.

§ 267.

Sog. presthafte Personen (personae debiles), d. h. solche, die wegen körperlicher Gebrechen, z. B. Blindheit, Taubheit, oder wegen langwieriger Krankheit oder hohen Alters ihre Angelegenheiten nicht gut selbst besorgen können, erhalten auf ihr Ansuchen von der obervormundschaftlichen Behörde einen Vormund[1].

Der Vormund dieser Personen ist aber bloß ihr Vermögensverwalter (unter gerichtlicher Kontrole). In ihrer Selbständigkeit und Verpflichtungsfähigkeit werden sie durch ihn (nach gemeinem Recht) nicht beschränkt. Denn sie bekommen ihren Vormund nicht wegen geistiger Unfähigkeit oder Unselbständigkeit, sondern bloß um ihnen die Besorgung ihrer Angelegenheiten zu erleichtern und sie durch gerichtliche Kontrole ihres Verwalters vor Schaden zu wahren[2]. Deßhalb können sie auch jederzeit Wiederaufhebung einer solchen Vormundschaft verlangen.

Würde aber eine Person geistesschwach sein oder ganz unausgebildet, wie ein ununterrichteter Taubstummer, so daß ihre Handlungsfähigkeit nur eine sehr beschränkte ist, so müßte man sie unter die Kuratel der Geisteskranken setzen, und dann würde das in § 266 Ausgeführte, auf sie Anwendung leiden.

---

[11] D. de curatorib. furioso dand. 27, 10 l. 1 pr. a. E.; Cod. e. t. 5, 70 cst. 6. — Von dem prodigus sagt l. 1 cit. Dasselbe: die Kuratel erlösche ipso iure, sobald er sich total gebessert habe. Dies ist aber höchst unzweckmäßig und für den Verkehr mit dem prodigus mißlich, da sich eine solche Besserung selten scharf abgrenzt und mit Sicherheit erkennen läßt. Deßhalb ist bei uns das Gewohnheitsrecht dafür, daß bei gebesserten Verschwendern doch stets eine ausdrückliche Aufhebung der Kuratel durch ein decretum magistratus nöthig ist (die aber der Gebesserte verlangen kann) und sie erst dadurch wieder verpflichtungsfähig werden. Arndts § 449 Anm.

[1] Arndts § 440 Nr. 4. Vgl. oben § 49 (Th. I S. 228).

[2] Arndts § 452 a. E.

Erbrecht*.

Erſter Abſchnitt.

Die Grundbegriffe und die Succeſſion von Todeswegen überhaupt.

Der Nachlaß.

§ 268.

(Arndts § 463.)

Unter Nachlaß verſtehen wir das geſammte (aktive und paſſive) Vermögen eines Verſtorbenen, ſo weit es nach ſeinem Tode auf Andere übergehen kann. Zu dieſem Nachlaß gehören nicht alle Rechte und Rechtsverhältniſſe eines Verſtorbenen. Denn ein Theil derſelben geht mit dem Tode ihres Trägers unter, nämlich die an die Perſon weſentlich geknüpften perſonenrechtlichen mit Inbegriff der familienrechtlichen. Auch von den Vermögensverhältniſſen ſind einige wenige von der Perſon nicht trennbar, ſog. iura personalissima und auch ſie erlöſchen deßhalb mit ihrem Tode[1].

---

* Erbrecht im objektiven Sinn iſt der Inbegriff der Rechtsgrundſätze über das Schickſal eines Vermögens, wenn ſein Träger ſtirbt.

Die Litteratur über das Erbrecht ſ. bei Arndts § 463 Anm. S. beſonders Windſcheid Pand. Bd. III., Bangerow Pand. Bd. II (7. Aufl. 1867); Unger Das öſtreichiſche Erbrecht (2. Aufl. 1871, ein Werk, welches auch für das Pandektenrecht von Wichtigkeit iſt). Ein Theil tüchtiger Werke über Erbrecht iſt bloß angefangen, ſo die bei Arndts l. c. angeführten Schriften von Mayer (theilweiſe vervollſtändigt durch einen ſpäteren Band: Die Lehre der Legate und Fideicommiſſe. 1. Abth. 1854), Köppen, Schirmer; ferner die Fortſetzungen des Glück'ſchen Kommentars von Bd. 33 an durch Mühlenbruch, Fein, Arndts und Leiſt. Beſonders zu beachten iſt auch noch Arndts Geſammelte civiliſtiſche Schriften Bd. II 1873, welcher ſich beinahe über das ganze Erbrecht in einzelnen Abhandlungen erſtreckt (670 S.).

[1] Es ſind dies die Fälle, von denen die bei Arndts § 464 Anm. 9 angeführten §§ handeln; z. B. Perſonalſervituten und einige Obligationen, welche durchaus auf die Perſönlichkeit berechnet ſind, wie Mandat, Societät, locatio operarum etc.

Allein abgesehen von diesen letzteren Ausnahmen tragen die Vermögensverhältnisse, sowohl Rechte als Schulden, auch nach dem Tode ihres Trägers, die Möglichkeit einer Fortdauer in sich. Sie sind von der Person trennbar, auf Andere übertragbar und werden daher erhalten, ganz wie sie bei dem Verstorbenen bestanden und andere Personen treten in sie ein. Ein solcher Eintritt wird auch durch die Interessen der Civilisation und des Verkehrs durchaus geboten. Diese würden auf die empfindlichste Weise geschädigt, wenn die Sachen eines Gestorbenen als herrenloses Gut behandelt werden sollten und seine Forderungen und Schulden erlöschen würden. Aber sehr ungeeignet würde es auch sein, wenn man davon ausgehen würde, daß das Vermögen eines Verstorbenen in lauter Einzelnheiten zerfallen und zu den einzelnen Bestandtheilen verschiedene Nachfolger zu berufen seien, wie es nach dem ältesten deutschen Recht der Fall war.

Das Vermögen war ja in der Person seines verstorbenen Trägers eine Einheit, ein Ganzes und als solches muß man es auch nach seinem Tode behandeln, wenn den Anforderungen der allgemeinen und besonderen Interessen gehörig entsprochen werden soll. Zu dieser Abstraktion erhob sich auch schon sehr früh das römische Recht und durch seine Reception wurde sie auch bei uns maßgebend.

Nach dem Tode des Subjekts werden dritte Personen in diese Gesammtheit seines Vermögens so berufen, daß sie als Ganzes (also auch mit den Schulden) auf sie übergeht. Diese sind die Erben. Was sie bekommen, heißt hereditas im objektiven Sinn. Der Verstorbene, welcher beerbt wird, heißt der Erblasser[2].

Eine Erbschaft im objektiven Sinn (ein Nachlaß) ist auch vorhanden, wenn das Vermögen aus mehr Schulden, als die Aktiva betragen; oder bloß aus Schulden besteht; denn auch hier liegt eine Gesammtheit von Rechtsverhältnissen des Verstorbenen vor, in welche ein Anderer eintreten kann[3].

Natürlich aber, wenn es darauf ankommt, zu wissen, was der Erbe durch eine Erbschaft gewinnt, so muß man den Betrag aller

---

[2] Die Römer haben nur den Ausdruck: defunctus. — Näheres hierüber und darüber, wie neben den Erben auch noch Andere zu Gegenständen des Nachlasses berufen werden können, s. unten § 269.

[3] Arndts § 464 Anm. 4. — Cod. de iure delib. 6, 30 cst. 22 § 5. 9. Nur ist eine solche Erbschaft damnosa hereditas und wird nicht leicht von dem dazu Berufenen angenommen werden, wenigstens nicht ohne Kautel.

Schulden des Erblaſſers und die Laſten des Nachlaſſes, z. B. die Beerdigungskoſten des Erblaſſers ꝛc. von dem Betrage des aktiven Nachlaſſes abziehen; der Überſchuß bildet dann den reinen Nachlaß.

Die verſchiedenen Arten der Succeſſion in den Nachlaß.

§ 269.

(Arndts § 464.)

Dieſe verſchiedenen Arten begreifen die Römer unter dem Ausdruck: successio mortis causa; wir unter: Nachfolge (oder Erwerb) von Todeswegen. Dieſelben ſind:

A. Die Erbfolge. Dieſe bildet die Grundlage der ganzen successio mortis causa. Durch ſie treten gewiſſe Perſonen unmittelbar (durch Eine juriſtiſche Thatſache, Einen Akt) in den Nachlaß als Ganzes ein.

Dieſe Perſonen ſind die Erben (heredes); ihr Eintritt in den Nachlaß iſt die Erbfolge. Das Recht eines ſolchen Eintritts, alſo zur successio in universum ius defuncti; iſt das Erbrecht (hereditas) im ſubjektiven Sinn (das ius hereditarium oder hereditatis[1]). Der Nachlaß, den der Erbe als Ganzes erhält, iſt die hereditas im objektiven Sinn, die Erbſchaft[2]. Denn Erbe (heres) iſt Derjenige, welcher in den Nachlaß des Verſtorbenen als Ganzes unmittelbar in Folge Einer juriſtiſchen Thatſache eintritt[3].

Der wichtige Begriff des Erben und der Erbfolge hängt hiernach von zwei Erforderniſſen ab[4]. Dieſe und die Natur der Erbfolge überhaupt ſind dahin näher zu beſtimmen:

I. Das eine Erfordernis des Erben iſt, daß er durch Eine juriſtiſche Thatſache, in der Regel durch die Erklärung, die Erbſchaft annehmen zu wollen[5], in den Nachlaß des Verſtorbenen als Ganzes eintritt. Der Erbe iſt daher Univerſalſucceſſor des Erb-

[1] S. die Stellen bei Windſcheid Pand. § 605 Note 9.
[2] Vgl. Arndts § 464 Anm. 2.
[3] Sei es allein (heres ex asse), Alleinerbe, oder mit Anderen (coheres), Miterbe.
[4] Wenn auch nur Eines derſelben bei einem successor mortis causa fehlt, ſo iſt er nicht Erbe, ſondern nur Vermächtnisnehmer, oder mortis causa donatarius.
[5] Arndts § 506 f. Bei dem suus durch die eingetretene Delation.

laſſers, die Erbfolge eine Univerſalſucceſſion in den Nachlaß. Zur Erklärung der Natur dieſer Succeſſion[6] iſt auf die möglichen Succeſſionen überhaupt näher einzugehen.

Succeſſion überhaupt iſt, wenn man in das Recht (oder in ein Rechtsverhältnis) einer andern Perſon ſo eintritt, daß man von ihr es herleitet und es lediglich durch dieſen Eintritt hat, alſo es nur in der Art hat, wie es der Andere hatte. Dieſe Succeſſion kann ſein:

1) Eine Univerſalſucceſſion. Es giebt nämlich einige Fälle, in denen Jemand das Vermögen einer Perſon als (ideale) Einheit durch eine einzige juriſtiſche Thatſache ſo erwirbt, daß durch dieſe Thatſache das Vermögen als Ganzes, alſo damit auch die zum Vermögen gehörigen Einzelnheiten, z. B. das Eigenthum der Sachen, die der Perſon gehörten, die Forderungen, die ihr zuſtanden und in der Regel auch alle ihre Schulden auf den Succeſſor übergehen. Dies iſt die Univerſalſucceſſion oder Univerſal- oder Geſammt- oder Vermögensnachfolge, alſo der Eintritt in ein fremdes Vermögen als Ganzes durch Eine juriſtiſche Thatſache. Die Römer bezeichneten ſie ganz angemeſſen durch successio per universitatem oder successio in omne ius, in omnia bona, successio universitatis, adquisitio per universitatem[7]. Der Hauptfall einer ſolchen successio iſt die Erbfolge. Wir ſagen von einem ſolchen successor, er habe die erworbenen Gegenſtände titulo universali[8], und nennen ihn Univerſal- oder Geſammtnachfolger, die Römer: iuris successor, auch successor ſchlechtweg.

Dabei iſt aber wohl zu beachten, daß es auch Univerſalſucceſſion iſt

a. wenn man zwar das Vermögen als Ganzes erwirbt, aber einzelne Gegenſtände aus beſonderen Gründen von der Erwerbung ausgeſchloſſen ſind; z. B. wenn der Erblaſſer eine ſeiner Sachen einem Dritten unbedingt vermachte, ſo erwirbt dieſer, ſobald der Erbe

---

[6] Dieſer Begriff der Univerſalſucceſſion iſt (namentlich auch im Gegenſatz zu den Vermächtniſſen) für das ganze Erbrecht von größter Bedeutung.

[7] S. Arndts § 56.

[8] Alſo auch bei einzelnen Sachen, wenn er ſie aus einem ſolchen Titel hat. — Das Weſen einer ſolchen Univerſalſucceſſion liegt darin, daß man in das Vermögen einer Perſon als Einheit durch eine einzige juriſtiſche Thatſache eintritt und durch dieſen einen Akt das einzelne zum Vermögen Gehörige erwirbt, alſo bei ihr zum Erwerb der einzelnen Vermögensbeſtandtheile nicht je beſondere Erwerbsakte erforderlich ſind.

die Erbſchaft antritt, ſofort das Eigenthum der Sache, ſo daß der Erbe kein Recht daran bekommt, während im Übrigen der Erbe in das Ganze eintritt[9].

b. Wenn man bloß in eine Quote, in einen Bruchtheil (aliquoten Theil des Vermögens, $1/2$, $1/3$ u. ſ. w.) eintritt. Denn der Bruchtheil eines Ganzen erſtreckt ſich auf alles im Ganzen Enthaltene, alſo auch auf jedes einzelne Stück des Ganzen, aber natürlich nur zu einer Quote. Der Nachfolger daher, der durch Eine Thatſache in $1/2$, $1/3$, $1/6$ ꝛc. des Geſammtvermögens eintritt, iſt deßhalb Univerſalnachfolger; er erwirbt das Ganze und damit alle dazu gehörigen Einzelheiten, aber jedes Stück nur zu einer Quote. Er iſt Univerſalnachfolger pro parte, z. B. wenn ich den A. und B. zu meinen Erben ernenne, den A. zu $1/3$, den B. zu $2/3$, ſo erwirbt durch den Erbſchaftsantritt A. $1/3$, B. $2/3$ von jeder einzelnen Sache, die ich hinterlaſſe, z. B. von jeder Mobilie, jedem Grundſtück, die ich hinterlaſſe, von jeder einzelnen Forderung, die mir zuſteht. Sie kommen alſo in Beziehung auf jede einzelne Sache, die zur Erbſchaft gehört, mit einander in eine ſog. communio pro indiviso[10]. Auch für meine Schulden haften ſie in dieſem Verhältnis; von jeder einzelnen Schuld, die ich kontrahirt hatte, ſchuldet dem Gläubiger der A. $1/3$, der B. $2/3$. So tritt daher Jeder in den Nachlaß als Ganzes ein, aber in jeden einzelnen Beſtandtheil desſelben nur zu der Quote, zu welcher er Erbe iſt (Erbs-Quote).

Hiernach können Mehrere zugleich Erben ſein, wenn Jeder zu einer Quote des Nachlaſſes berufen iſt — ſie ſind Miterben (coheredes). Iſt Jemand allein zur Erbſchaft berufen, ſo bekommt er natürlich den geſammten Nachlaß[11]. Im gemeinen Leben wird ein Solcher häufig Univerſalerbe genannt, was aber ungeeignet iſt; denn Univerſalnachfolger iſt auch ein Miterbe.

2) Weſentlich verſchieden von dieſer Univerſal-Nachfolge iſt die Singular- oder Sonder-Nachfolge (Einzel-Nachfolge, ſog. successio singularis). Dieſe iſt vorhanden, wenn man in einzelne Rechte oder Verbindlichkeiten eines Andern als Einzelheiten eintritt, ſo daß jedes Einzelne für ſich durch eine beſondere juriſtiſche

---

[9] D. de legat. II (31) l. 80.
[10] Vgl. oben § 64 (Th. I S. 294). Arndts § 53 Note c.
[11] Die Römer nennen ihn heres ex asse (as = jedes Ganze).

Thatſache (durch einen beſonderen Akt) erworben werden muß; z. B. wenn ich Sachen durch Kauf, durch Schenkung, durch Tauſch u. dgl. erwerbe. Die Römer nennen dies: succedere in singulas res oder in rem; in singula bona. Der Erwerber iſt hier Singular- oder Sonder-Nachfolger Deſſen, in deſſen Recht er eintritt, ſog. successor singularis; das Einzelne, das er ſo erwarb, hat er, wie wir ſagen, titulo singulari[12]. Eine ſolche Singularnachfolge kann durch Vermächtnis begründet werden (ſ. Lit. B.); die Erbfolge dagegen iſt ſtets Univerſalnachfolge.

II. Zum Begriff des Erben wird noch weſentlich erfordert, daß er durch die juriſtiſche Thatſache, durch welche die Erbſchaft erworben wird, unmittelbar in den Nachlaß eintritt, nicht erſt durch die Handlung einer andern Perſon. Dadurch unterſcheidet ſich der Erbe weſentlich vom Univerſalvermächtnisnehmer (Lit. B. Nr. II.).

Hiernach iſt Erbe (heres): wer durch eine juriſtiſche Thatſache in den Nachlaß eines Verſtorbenen als Ganzes unmittelbar eintritt.

III. Über die Erbfolge iſt noch Folgendes zu bemerken. Manche Neuere bezeichnen das Verhältnis der Erben (welcher die Erbſchaft erworben hat), dahin: die vermögensrechtliche Perſönlichkeit des Erblaſſers gehe auf den Erben über; der Erbe ſetze die Perſönlichkeit des Erblaſſers fort[13]. Mit Recht haben ſich dagegen Andere erklärt[14]. Das Richtige geht dahin: Die Perſönlichkeit des Erblaſſers geht mit ſeinem Tode unter, auch ſeine vermögensrechtliche; ſie kann daher nicht im Erben fortleben. Aber der Erbe tritt in alle Vermögensverhältniſſe ein, in denen der Erblaſſer ſtand; er vertritt in denſelben den Erblaſſer, indem er die Herrſchaft fortſetzt, welche und wie ſie der Erblaſſer über ſein Vermögen hatte; es ändert ſich in den Vermögensrechten und Verbindlichkeiten des Erblaſſers Nichts, als die Perſon des Trägers derſelben. Der Erbe tritt in alle Vermögensverhältniſſe ein, in denen der Erblaſſer ſtand; überhaupt gilt in den vermögens-

---

[12] Vgl. Arndts § 56. — Die Römer hatten nicht den Ausdruck successor singularis; ſie bezeichnen den Singularnachfolger durch Angabe der häufigſten Wege, wie man Singularnachfolger wird, durch: emtor, legatarius, is, cui donatur. — Durch ein Rechtsgeſchäft unter Lebenden kann mit Ausnahme eines Falles (Kauf einer Erbſchaft vom Fiskus) nur eine Singularnachfolge begründet werden.

[13] So z. B. Arndts § 464 i. A.; § 521 Anm. 3.

[14] S. beſonders Windſcheid Pand. § 528 a. E.; Unger Erbrecht § 2 Note 7.

rechtlichen Verhältnissen, in die der Erbe eintritt, ganz Das, was in dieser Hinsicht beim Erblasser galt[15]. Auch muß der Erbe die Handlungen, die der Erblasser in vermögensrechtlicher Beziehung vorgenommen hatte, in ihren Folgen so gelten lassen, als ob er sie selbst vorgenommen hätte[16]. Man drückt Dieses häufig dahin aus: der Erbe repräsentire in vermögensrechtlicher Beziehung den Erblasser; aber diese Bezeichnung ist nur richtig, wenn man Nichts weiter darunter versteht, als das eben Ausgeführte.

1) Durch die Erwerbung der Erbschaft wird das Vermögen des Erblassers lediglich ein Theil des Vermögens des Erben; sein bisheriges Vermögen und das ererbte bilden nun ein ungetrenntes Ganze, nicht zwei juristisch getrennte Vermögen. Wohl aber kann mitunter die in das Vermögen des Erben übergegangene Erbschaft in gewissen Beziehungen noch als besondere Einheit zu behandeln sein, z. B. bei der Herausgabe eines Universalvermächtnisses und bei der Anstellung der hereditatis petitio.

2) Das Recht des Erben an einer erworbenen Erbschaft fassen Viele (besonders Ältere) als ein besonderes dingliches Recht auf. Dies ist aber unrichtig. Das Recht, eine deferirte Erbschaft anzutreten und zu erwerben[17], ist eigentlich ein Personenrecht, das deßhalb nicht veräußerlich und auch in der Regel[18] nicht vererblich ist. Hat aber der zur Erbschaft Berufene sie wirklich erworben, so geht nun eben der Nachlaß in sein Vermögen über. Aber ein besonderes eigenthümliches Recht an den Nachlaß wird dadurch nicht begründet, sondern die Rechte des Erblassers werden nun eben Rechte des Erben[19]; der Erbe wird eben Eigenthümer der Sachen, die der Erblasser im Eigenthum hatte; die Forderungen des Erblassers und dessen Schulden werden nun Forderungen und Schulden des Erben. Nur das Eigenthümliche gilt hier, daß der Erbe den Nachlaß als Ganzes, als universitas, mit Einer dinglichen Klage, mit einer de universitate actio von jedem unberechtigten Dritten heraus-

---

[15] Vgl. Windscheid Pand. § 605.

[16] Vgl. D. de R. I. 50, 17 l. 59, l. 62; de adquir. her. 29, 2 l. 37; de bon. poss. 37, 1 l. 3 pr.

[17] Arndts § 470.

[18] Vgl. unten § 298.

[19] Sie behalten ganz die Natur, die sie beim Erblasser hatten.

fordern kann[20], gerade wie der Eigenthümer mit einer specialis in rem actio von jedem Dritten ſeine Sache vindiciren kann[21].

3) Über den Sprachgebrauch der Quellen iſt noch zu beachten, daß die Römer den Erben verſchieden bezeichneten, je nach der Rechtsquelle, auf die ſein Erbrecht ſich ſtützte. Wenn er nämlich nach dem ius civile im formellen Sinn, d. h. nach dem Inhalt eines Volksſchluſſes (lex im altrömiſchen Sinn) oder eines senatusconsultum oder den constitutiones principum (oder nach Gewohnheitsrecht) zur Erbſchaft berufen iſt, ſo hieß er heres; was er bekommt: hereditas. Wir bezeichnen dieſe Fälle durch Civilerbe, Civilerbſchaft.

Wenn er aber durch das prätoriſche Edikt zur Erbſchaft berufen war, ſo hieß er bonorum possessor, ſein Eintritt in den Nachlaß: bonorum possessio[22]. Wir ſprechen hier von prätoriſchen Erben, prätoriſcher Erbſchaft[23].

Eine gemeinſchaftliche Bezeichnung für Beides hatten die Römer nicht und deßhalb waren ſie genöthigt, oft durch heres in einem weiteren Sinn jeden Erben, auch den prätoriſchen, und durch hereditas in einem weitern Sinn überhaupt die Erbſchaft und den Eintritt in dieſelbe zu bezeichnen, mag ſie ein civilrechtlicher oder ein prätoriſcher Erbe bekommen[24].

B. Der zweite Hauptfall einer successio mortis causa iſt die Erwerbung von Vermächtniſſen. Der Erblaſſer kann nämlich ſeinen Erben dadurch beſchränken, daß er ihn mit Vermächtniſſen belaſtet.

Vermächtnis iſt Alles, was Jemand in Folge einer (letztwilligen) Verfügung des Erblaſſers aus dem Nachlaß oder auf Koſten des Nachlaſſes erhält, aber nicht durch unmittelbaren Eintritt in die Geſammtheit des Nachlaſſes.

Sie zerfallen nach der Verſchiedenheit ihres Objekts (nach der Natur der Sache) in zwei verſchiedene Klaſſen.

I. Der Erblaſſer kann Jemandem einzelne Aktiva vermachen, einzelne Sachen, eine Summe Geldes, eine Forderung, die ihm zuſteht

---

[20] S. unten § 308.

[21] S. nun auch Windſcheid Pand. § 605 Note 13.

[22] Nicht: possessio bonorum. [23] Vgl. unten § 271.

[24] D. de V. S. 50, 16 l. 138; de bonor. possessionib. 37, 1 l. 3 § 1. — Über den ſog. heres directus und obliquus ſ. unten Lit. B Nr. II gegen das Ende.

oder ein anderes Recht (Servitut, Pfandrecht ꝛc.). Dies ist das Singularvermächtnis. Der Empfänger ist Singularvermächtnisnehmer. Durch ein solches Vermächtnis wird bloß eine Singularsuccession (s. Lit. A I 2) begründet, d. h. der Vermächtnisnehmer bekommt eben bloß das betreffende Aktivum; mit den Gläubigern des Erblassers kommt er in gar kein unmittelbares Verhältnis[25]. Diese können sich bloß an den Erben halten.

II. Der Erblasser kann aber auch Jemandem den ganzen Nachlaß oder eine Quote davon vermachen, d. h. dem Erben auferlegen, die Erbschaft, die er bekommt und erwirbt, oder einen aliquoten Theil derselben einem Dritten als Vermächtnis herauszugeben; z. B. ich setze meinen Neffen zum Erben ein und bestimme, wenn seine Schwester heirathe, solle er ihr $^1/_3$ meines Nachlasses oder solle er ihr den ganzen Nachlaß herausgeben, oder nach seinem Tod solle meinen Nachlaß seine Schwester bekommen.

Dies ist das Universalvermächtnis oder Erbschaftsvermächtnis (Universalfideicommiß). Die Römer nannten es fideicommissaria hereditas; weil die Erbschaft es ist, die der Universalvermächtnisnehmer ganz oder zu einer Quote bekommt, aber sie nicht unmittelbar als Erbe, sondern erst aus der Hand des Erben (als Vermächtnis) erhält.

Durch ein solches Universal-Vermächtnis wird, wie durch das Erbewerden, eine wahre Universalsuccession begründet. Denn wenn der Erbe (oder nach seinem Tode sein Erbe) dem Universalvermächtnisnehmer seiner Zeit die vermachte Erbschaft herausgiebt, was auch durch eine bloße mündliche Erklärung geschehen kann[26]: so tritt nun durch diesen einen Akt der Vermächtnisnehmer in den ihm vermachten Nachlaß, also in sämmtliche dazu gehörige Einzelnheiten, in Aktiva und Passiva, ganz oder zu einer Quote ein (wie ein Erbe). Aber der Universalvermächtnisnehmer ist nicht Erbe, weil er bloß mittelbar durch die Hand des Erben (nicht unmittelbar) in den Nachlaß eintritt[27].

---

[25] Nur bekommt er Nichts, wenn durch die Schulden des Erblassers der ganze aktive Nachlaß absorbirt wird.

[26] Arndts § 583 i. A. — In Folge dieser Erklärung hat er natürlich dann die einzelnen Vermögensgegenstände zu restituiren.

[27] Hierüber und über die praktischen Folgen, welche aus dieser Verschiedenheit sich ergeben, s. unten § 321.

Die Römer nannten deßwegen den Univerſalfideicommiſſar niemals einen heres; er bekommt zwar eine hereditas, aber nur eine fideicommissaria, iſt daher nicht Erbe, ſondern nur heredis loco oder heredi similis, d. h. eben: er nähert ſich ſehr dem Erben, iſt aber von demſelben doch (weſentlich) verſchieden.

Es iſt deßhalb ganz unrichtig, wenn ältere Civiliſten ihn auch einen Erben, einen heres obliquus oder indirectus oder heres fideicommissarius, Fideicommißerben nannten und dann im Gegenſatz davon den wirklichen Erben durch heres directus bezeichneten.

Die Römer hatten nicht einen techniſchen Ausdruck, der unſerem Wort „Vermächtnis“ entſpricht. Die Vermächtniſſe waren nach römiſchem Recht, je nach den verſchiedenen Ausdrucksformen, in welchen ſie errichtet wurden, legata oder fideicommissa; einen gemeinſamen Kunſtausdruck für Beide hatte das römiſche Recht nicht.

Zwiſchen dieſen legata und fideicommissa beſtanden im vorjuſtinianiſchen Recht in den Rechtsgrundſätzen große Verſchiedenheiten, die aber von Juſtinian völlig beſeitigt wurden; und ſo blieb als praktiſch wichtig nur der materielle Unterſchied zwiſchen Univerſal-Vermächtnis (der fideicommissaria hereditas) und den Singular-Vermächtniſſen beſtehen[28].

C. Mit den Vermächtniſſen haben manche Ähnlichkeit, ſind aber doch von ihnen weſentlich verſchieden die mortis causa donationes[29].

D. Das römiſche Recht ſpricht auch noch von mortis causa capio. Es bezeichnet damit im weitern Sinne jede Erwerbung, die man auf den Fall des Todes eines Andern macht und ſo gehören hierher auch die Erbſchaften, Vermächtniſſe und mortis causa donationes.

Allein es ſind auch Erwerbungen bei Gelegenheit des Todes eines Andern möglich, welche zu keiner dieſer 3 Kategorieen gehören, und dieſe bezeichnet das römiſche Recht durch mortis causa capio im engern Sinne, d. h. eben: Bezüge von Todeswegen, die keinen beſondern techniſchen Namen haben[30].

---

[28] Näheres hierüber ſ. unten in § 311. [29] S. unten § 322.

[30] D. de mort. caus. don. 39, 6 l. 31 pr. — Dahin gehört z. B. der bei Arndts § 609 bei Note b angeführte Fall (mit dem Verſtorbenen gemeinſchaftliche Geſchenke vom Regenten). Ferner: was etwa ein Erbe oder Vermächtnisnehmer für die

Hereditas iacens.

§ 270.

(Arndts § 465.)

Es steht in der Regel einige Zeit, und häufig längere Zeit an, bis nach des Erblassers Tode der zur Erbschaft Berufene sie (die Erbschaft) durch Antretung erwirbt, z. B. wenn der Erbe noch nicht erfahren hat, daß ihm die Erbschaft deferirt ist, oder wenn er sich längere Zeit überlegt, ob er die Erbschaft annehmen will, oder er unter einer Bedingung zum Erben eingesetzt ist, und diese noch schwebt.

Während dieser Zeit bildet der Nachlaß (wie die Quellen es ausdrücken) eine hereditas iacens (eine ruhende oder liegende Erbschaft). Hier entsteht aber die Frage: wem gehört in dieser Zwischenzeit (bis zur Erwerbung der Erbschaft durch den Erben) der Nachlaß? Dem Verstorbenen kann er nicht mehr gehören, weil ein Todter keine Rechte haben kann. Dem Erben aber gehört er auch nicht, weil er die Erbschaft noch nicht erworben hat. Die Erbschaftssachen würden daher res nullius, eine hereditas sine domino sein [1].

Um dies (und die Konsequenzen daraus) zu verhindern und den Nachlaß in seiner Integrität erhalten zu können, muß für jene Zeit ein Rechtssubjekt gebildet werden, welchem er so lange gehören soll, bis er in das Vermögen des Erben übergeht.

Deßhalb war es sehr richtig, daß das römische Recht der hereditas iacens durch eine Fiktion Persönlichkeit und Rechtsfähigkeit (und damit Unverletzlichkeit) beilegt, ähnlich wie sie anderen juristischen Personen zukommt. Die hereditas iacens bildet hiernach eine Person, welcher das Vermögen gehört, und welche den Erblasser gleichsam vertritt, sie ist domina des Nachlasses (personam domini sustinet; personae vice fungitur) [2]. Zwar leugnen manche Neuere die Persönlichkeit der hereditas iacens; allein in unlösbarem Widerspruch

---

Ausschlagung der Erbschaft oder des Vermächtnisses sich von einem Dritten zahlen läßt; oder wenn Jemand eine Frau dotirt und auf den Fall ihres Todes den Rückfall der dos sich ausbedingt; oder was ein Erbe oder Vermächtnisnehmer conditionis implendae causa an einen Dritten zahlt. D. l. c. l. 31 § 2, l. 38.

[1] S. die Stellen bei Windscheid Pand. § 531 Note 5.

[2] D. de hered. inst. 28, 5 l. 31 § 1; de domin. 41, 1 l. 34, l. 61; quod vi aut clam 43, 24 l. 13 § 5; de legat. I (30) l. 116 § 3; de fideiussorib. 46, 1 l. 22; I. de stip. servor. 3, 17 pr.; vgl. ferner die bei Arndts l. c. Anm. 1 angeführten Stellen.

mit den klaren Aussprüchen der Quellen[3]. Nur ist ihre Erwerbsfähigkeit in Einigem beschränkt, sie kann keinen Nießbrauch erwerben, nicht zum Erben eingesetzt, nicht mit einem Vermächtnis bedacht werden; die Fiktion besteht nur zu den dringendsten Zwecken[4].

Zieht sich die Erwerbung der Erbschaft (durch den Erben) längere Zeit hinaus, so muß die obervormundschaftliche Behörde[5] für die Verwaltung des Nachlasses dadurch sorgen, daß sie einen curator hereditatis iacentis bestellt, welcher, wie der curator einer Vermögensmasse überhaupt[6], für sie Sorge zu tragen hat[7].

Erwirbt der Erbe die Erbschaft, so hört nun natürlich die juristische Person der hereditas iacens zu existiren auf; sie fällt nun (mit ihren Erweiterungen) dem Erben zu, und zwar so, als ob er unmittelbar nach des Erblassers Tode in den gesammten Nachlaß eingetreten wäre. Er ist Nachfolger des Erblassers, nicht der hereditas iacens[8].

---

[3] S. Anm. 2 und Arndts l. c. Anm. 1.

[4] In plerisque defuncti vicem sustinet, Arndts l. c. Anm. 2 und Note b.

[5] Auf Verlangen der Gläubiger und anderer Interessenten und bei uns ex officio.

[6] S. Arndts § 296.

[7] Z. B. unaufschiebliche Veräußerungen besorgt, Schulden aus dem Nachlaß zahlt und auch für die Erbschaft Rechtsgeschäfte schließen kann. Vgl. auch D. de curatorib. furios. dand. 27, 10 l. 3; de hered. inst. 28, 5 l. 23 § 3.

[8] D. de R. I. 50, 17 l. 138 pr., l. 193. — Über usucapio pro herede lucrativa (beschränkt durch Vespasian, ganz beseitigt wohl zu Marc Aurels Zeiten) s. meine Abhandlung im Rechtslexikon III S. 383.

Zweiter Abſchnitt.

Die Erbfolge.

Hiſtoriſche Einleitung.

Der Dualismus des römiſchen Rechts*.

§ 271.

(Arndts §§ 466—468.)

Die Grundſätze über Teſtaments- und Inteſtaterbfolge wurden bis zu den ſpäteren Zeiten der römiſchen Republik lediglich durch die Quellen des ius civile[1] beſtimmt. Aber neben dieſer civiliſtiſchen Erbfolge bildete ſich allmählich von den ſpäteren Zeiten der Republik an noch ein zweites Erbſyſtem durch das prätoriſche Edikt, die bonorum possessio, die prätoriſche Erbfolge und ſo beſtanden neben einander bis zu Juſtinian zwei verſchiedene Erbſyſteme[2]. — Es iſt alſo zu unterſcheiden:

A. Die Civilerbfolge (hereditas).

I. Nach den Quellen des ius civile konnte Jemand zu einer Erbſchaft als Erbe (heres) berufen werden: zunächſt durch ein Teſtament des Erblaſſers[3], oder wenn ein ſolches fehlte[4]: durch Geſetz.

---

* Über Begriff und Natur der Erbfolge und des Erben ſ. oben § 269 Lit. A. — Der Darſtellung des praktiſchen Rechts iſt als Einleitung voranzuſchicken eine Ausführung über den Dualismus des römiſchen Rechts bei der Erbfolge (hereditas und bonorum possessio) und ſeine Ausgleichung durch Juſtinian. — Die Lehre von der bonorum possessio iſt beſonders gut und ausführlich bearbeitet worden von Leiſt in den bei Arndts § 467 Anm. angeführten beiden Werken.

[1] S. oben § 269 Lit. A Nr. III 3; beſonders durch Volksſchlüſſe, leges im altrömiſchen Sinn (namentlich die XII Tafeln) und auch durch Gewohnheitsrecht. — Dieſe Erbfolge nach dem Civilrecht hieß hereditas, der Erbe nach dem Civilrecht: heres.

[2] Das Nähere über die Geſchichte dieſer Syſteme bis zu Juſtinian gehört in die Rechtsgeſchichte. Hier iſt ſie nur in ſo weit zu geben, als es zum Verſtändnis dieſes Dualismus überhaupt und zur Feſtſtellung der praktiſchen Reſultate nothwendig iſt.

[3] Es war dies ein feierlicher letzter Wille, deſſen Form eine ſehr umſtändliche geweſen iſt.

[4] Reſp. wenn es nach ſeinem Tode umgeſtoßen wurde.

Hatte nämlich der Erblaſſer kein Teſtament oder kein gültiges hinterlaſſen, ſtarb er alſo intestatus, ſo wurden nun Diejenigen zur Erbſchaft berufen, welche von den Quellen des Civilrechts für dieſen Fall beſtimmt waren [5]. Allein dieſe Civilinteſtaterbfolge war überaus mangelhaft, bloß auf Agnation gebaut [6]. Das ius civile nämlich (namentlich die XII Tafeln) ſetzte drei Klaſſen (ordines) der Inteſtaterbfolge nach folgenden Beſtimmungen.

1) In dem erſten ordo wurden bloß die sui heredes des Erblaſſers berufen, d. h. Deſcendenten des männlichen [7] Erblaſſers, die er unmittelbar in ſeiner väterlichen Gewalt hatte [8] und die daher durch ſeinen Tod von der Gewalt frei (sui iuris) wurden [9]. In dieſer Klaſſe beerbte den Verſtorbenen, wenn er in ſtrenger Ehe lebte, auch ſeine uxor in manu, weil ſie gleichſam als ſeine Haustochter galt.

2) War kein suus da, ſo kam in dem zweiten ordo die Erbſchaft an den dem Grade nach nächſten Agnaten des Erblaſſers [10]. Mehrere, welche mit einander die Nächſten ſind, theilten die Erbſchaft nach Köpfen. Nach den XII Tafeln erbten auch die Agnatinnen in dieſer Klaſſe. Allein ſpäter wurden ſie von der Civilerbfolge ausgeſchloſſen, mit der einzigen Ausnahme, daß die soror consanguinea, d. h. die Schweſter des Erblaſſers, die mit ihm den Vater gemein hatte, in dieſer Klaſſe ein Erbrecht behielt. Alle anderen Agnatinnen hatten alſo kein Civilerbrecht [11]. Erſt Juſtinian hob Letzteres auf und gab allen Agnatinnen dasſelbe Erbrecht, wie es die männlichen Agnaten und die consanguinea hatten [12].

3) War endlich kein Agnat da, ſo kam die Erbſchaft an die Gentilen des Verſtorbenen, d. h. Solche, welche denſelben Geſchlechtsnamen wie der Erblaſſer trugen, alſo zu derſelben gens gehörten, aber

---

[5] Hereditas ab intestato; successio legitima, Civilinteſtaterbfolge. — Die ſo Berufenen hießen heredes legitimi, d. h. die durch leges oder andere Quellen des Civilrechts Berufenen.

[6] Vgl. oben § 248 Nr. II.

[7] In dieſer erſten Klaſſe konnte nur ein Mann beerbt werden.

[8] Alſo nicht emancipati; nicht wenn die Mutter ſtirbt, ihre Kinder.

[9] Näheres über die sui heredes ſ. unten § 298 Nr. VIII. Vgl. auch L. de hered. quae ab int. 3, 1, § 1. 2; de hered. qualit. 2, 19 § 2; D. de liber. 28, 2 l. 11. — Dieſe sui waren eine bevorzugte Kategorie der Agnaten (D. de grad. 38. 10 l. 10 § 3).

[10] Über den Begriff der Agnaten ſ. oben § 248 Nr. 1.

[11] I. de legit. agnator. succ. 3, 2 pr. § 1—3; D. de gradib. 38, 10 l. 10 § 2. Gaius Inst. III § 9—11, § 14—16.

[12] I. l. c. § 3 a. E.

deren Verwandtſchaft mit ihm nicht nachweisbar war. Dieſe Klaſſe fiel indeß mit der Gentilitätseinrichtung ſchon im Anfang der Kaiſerzeit weg[13].

4) Bei dieſer (mangelhaften) Civilerbfolge galt nicht einmal eine successio ordinum et graduum; keine successio ordinum, d. h. wenn einer Perſon in einer früheren Klaſſe die Erbſchaft deferirt wird, und dieſe fällt weg, ohne ſie erworben zu haben, ſo rückte nun nicht der folgende ordo ein, ſondern die Erbſchaft wurde res nullius (bonum vacans); wenn alſo z. B. der Erblaſſer keine sui hinterließ und daher ſeinem nächſten Agnaten die Erbſchaft deferirt wird, dieſer aber ſie ausſchlägt oder vor der Antretung ſtirbt, ſo kam ſie nicht an die Gentilen, ſondern wurde res nullius; ebenſo keine successio graduum, d. h. wenn in einer Klaſſe mehrere Perſonen ſind, von denen eine der anderen vorgeht, die vorgehende aber, welcher die Erbſchaft deferirt wird, dieſe nicht erwirbt, ſo wurde die Erbſchaft nicht der nächſtfolgenden Perſon in dieſer Klaſſe deferirt, z. B. wenn der nächſtberufene Agnat die Erbſchaft ausſchlägt, ſo kam ſie nicht an den auf ihn folgenden Agnaten, ſondern ſie wurde herrenloſes Gut; alles Dieſes nach einer ſtrikten Auslegung der XII Tafeln[14].

Hiernach litt dieſe Civilinteſtaterbfolge an großen Mängeln, indem viele der nächſten Angehörigen eines Verſtorbenen nicht ein Inteſtaterbrecht an ihn hatten, z. B. der emancipirte Sohn und ſeine Kinder nicht an den Vater und Großvater, noch an deſſen Agnaten, da ſie weder sui noch Agnaten desſelben, ſondern bloße Kognaten waren[15]; die Mutter nicht an ihre Kinder und dieſe nicht an jene, da ſie bloß cognati waren; aus demſelben Grunde die Enkel aus der Tochter nicht an den mütterlichen Großvater und überhaupt bloß kognatiſche Verwandte nicht an einander[16]; und ſehr häufig wurde die Erbſchaft herrenlos.

II. Bei den Erben, die durch das Civilrecht berufen wurden, iſt noch herauszuheben:

1) Nach dem Civilrecht mußte der Erblaſſer, wenn er ein Teſtament machte, gegen ſeine sui heredes (Nr. I 1) gewiſſe Formen

---

[13] Gaius Inst. III § 17.
[14] l. de leg. agnat. succ. 3, 2 § 7; Gaius Inst. III. § 12. 22.
[15] Vgl. oben § 248 Nr. I 2.
[16] Vgl. Gaius Inst. III § 18—24.

beobachten[17]. Fehlte er dagegen, so war das Teſtament ungültig und es kam dann zur Inteſtaterbfolge.

2) Die zur Erbſchaft berufenen Civilerben *erwarben* die Erbſchaft durch jede außergerichtliche formloſe Kundgebung, ſie annehmen zu wollen (hereditatis *aditio* und pro herede *gestio*, Antritt der Erbſchaft). Sie waren dabei an keine Friſt gebunden[18]. Die Hauskinder des Erblaſſers aber erwarben nach dem Civilrecht die ihnen deferirte Erbſchaft ganz von ſelbſt, ipso iure, im Moment der geſchehenen Delation[19].

3) Wenn ein Civilerbe die Erbſchaft erworben hat, ſo kann er von jedem unbefugten Erbs-Prätendenten, welcher ihm die Erbſchaft ganz oder theilweiſe vorenthält, mit *einer* dinglichen Klage, der *hereditatis petitio*, den Nachlaß als ein ihm gehöriges Ganzes herausfordern.

B. *Bonorum possessio*, die prätoriſche Erbfolge. Die Prätoren bildeten allmählich durch ihre Edikte ein beſonderes Erbrechtsſyſtem neben dem civilrechtlichen aus. Was ihr nächſtes Motiv dabei war, und worin die erſten Anfänge ihres Vorgehens beſtanden, darüber iſt unter unſeren Rechtshiſtorikern viel Streit und wird bei der Dürftigkeit der auf uns gekommenen Quellen ſtets Streit bleiben[20]. Der urſprüngliche Gedanke der Prätoren ging nicht auf eine direkte Änderung, nicht auf ein corrigere des Civilrechts, wozu ſie an ſich nicht befugt waren, ſondern nur auf eine Nachhilfe, Ergänzung des Civilrechts, auf adiuvare und supplere[21]. Allmählich aber, unterſtützt durch kaiſerlichen Einfluß (Reſkripte), bildete ſich im prätoriſchen Edikt ein mit dem Civilrecht zum Theil in Widerſpruch ſtehendes Erbſyſtem aus (ein corrigere ius civile[22]), in welches aber auch ſämmtliche Civilerben eingereiht wurden. Es ging im Weſentlichen dahin:

I. Zu der Erbſchaft, bonorum possessio, wurden durch das Edikt folgende Perſonen *berufen*:

---

[17] S. *Arndts* § 598 Anm. Nr. 1. [18] S. unten § 298 Nr. I.

[19] S. unten § 298 Nr. VII.

[20] Das *Nähere* aber darüber gehört in die Rechtsgeſchichte. Vgl. *Arndts* § 467 Anm. *Windſcheid* Pand. § 532 Note 4.

[21] Jedenfalls: die Hauptmängel des Civilrechts beſeitigen, ſeine Lücken ergänzen, den berufenen Erben zum raſcheren Antritt beſtimmen, namentlich im Intereſſe der Erbſchaftsgläubiger und anderen Betheiligten.

[22] Z. B. in Betreff der emancipati.

1) Wenn der Erblaſſer ein Teſtament hinterlaſſen hatte:

a. Die darin eingeſetzten Erben nach dem Inhalt des Teſtamentes: ſie erhielten bonorum possessio secundum tabulas, und zwar nicht nur dann, wenn das Teſtament nach den Formen des Civilrechts gültig errichtet war, ſondern auch dann, wenn es zwar nach dem Civilrecht nicht galt, aber den geringeren Erforderniſſen entſprach, die das prätoriſche Edikt von einem Teſtamente verlangte.

b. Wenn der männliche Erblaſſer in ſeinem Teſtamente Gewiſſe ſeiner Deſcendenten nicht formgemäß berückſichtigt hatte, ſo gab das Edikt den Letzteren die bonorum possessio contra tabulas (testamenti). Dieſe Deſcendenten waren nicht bloß die sui heredes[23], ſondern die liberi überhaupt, ein Ausdruck, der im Erbrecht einen ganz beſonderen techniſchen Sinn hatte; er bezeichnete nämlich diejenigen Deſcendenten des männlichen Erblaſſers

α. welche ſeine sui heredes (Lit. A. Nr. I) ſind und

β. diejenigen, welche durch Emancipation oder auf andere Weiſe aus ſeiner Gewalt ausgetreten ſind (und abgeſehen hiervon sui ſein würden) und deren sui und emancipati[24]; aber (die unter β. Angeführten) nur, wenn ſie nicht zur Zeit des Todes des Erblaſſers in aliena familia durch Adoption ſtanden[25].

2) Hatte der Erblaſſer kein Teſtament hinterlaſſen, oder war ſein Teſtament nicht gültig, auch nicht einmal nach der prätoriſchen Form, ſo kam es zur bonorum possessio intestati. Hier berief das Edikt

a. in der erſten Klaſſe die (vorhin unter Nr. 1 b angeführten) liberi des männlichen Erblaſſers (alſo nicht bloß die sui, ſondern auch emancipati); deßhalb hieß dieſe Klaſſe „unde liberi“[26]. Nach dieſen kamen

---

[23] Welche das Civilrecht berückſichtigte.

[24] Alſo welche agnatiſche Deſcendenten des Erblaſſers ſein würden, wenn nicht eine capitis deminutio minima dazwiſchen getreten wäre. Nicht die Kinder einer Frau; auch nicht die Enkel von einer Tochter, denn ſie konnten nicht sui der Tochter ſein.

[25] Wohl aber, wenn ſie früher in derſelben ſtanden, aber zur Zeit des Todes nicht mehr in ihr ſtehen, z. B. emancipati a patre adopt.; ferner wenn der adoptans väterlicher Aſcendent des Adoptirten iſt, z. B. der emancipirte Sohn giebt ſein Kind dem väterlichen Großvater in Adoption. Näheres ſ. bei Windſcheid Pand. § 577 Note 2.

[26] I. de hereditatib. quae ab intest. 3, 1 § 9—12; de bonor. poss. 3, 9 § 3; Gaius Inst. III § 26. — Die Theilung unter mehreren zugleich Berechtigten geſchieht in stirpes. Über dieſe Theilungsart ſ. unten § 277.

b. in der zweiten Klasse (oder ordo) alle heredes legitimi, d. h. Alle, welche nach Civilrecht ein Inteſtaterbrecht hatten, alſo die sui und die unter A I 2 angeführten Agnaten und zwar nach der Nähe des Grades. Dieſe Klaſſe hieß daher »unde legitimi«. Nach dieſen kamen

c. in der dritten Klaſſe die Verwandten des Erblaſſers oder der Erblaſſerin überhaupt, mögen ſie Agnaten oder bloße Kognaten ſein, aber nur bis zum 6. (in einem Fall bis zum 7.) Grad. Sie ordneten ſich nach der Nähe des Grades; die Theilung unter gleich Nahen geht nach Köpfen. Bonorum possessio unde cognati[27].

d. Endlich wurde in der vierten Klaſſe, wenn keine erbfähigen Verwandten zur Erbſchaft kamen, der Ehegatte des Verſtorbenen berufen: bonorum possessio unde vir et uxor[28].

3) In allen dieſen Klaſſen führte das Edikt eine successio ordinum ein, d. h. wenn der in einer früheren Klaſſe Berufene wegfiel, z. B. er die Friſt der bonorum possessio verſäumt (ſ. unter II 1; oder vor ihrer Erwerbung ſtirbt, ſo wurde die nächſtfolgende Klaſſe berufen; nicht aber eine successio graduum, außer in der Klaſſe unde cognati, z. B. wenn in der zweiten Klaſſe ein näherer und ein entfernterer Agnat ſteht, und der nähere, dem die bonorum possessio deferirt wurde, fällt weg: ſo wurde nicht der entferntere Agnat zur bonorum possessio berufen, ſondern ſie kam in die folgende Klaſſe (successio ordinum) der Kognaten, wurde ſomit dem nächſten Kognaten deferirt und wenn dieſer wegfällt: dem auf ihn folgenden Kognaten und ſo fort (successio graduum). Erſt Juſtinian führte auch in der Klaſſe der Agnaten eine successio graduum ein[29].

II. Der bonorum possessor war nicht heres; denn einen heres konnte nur das Civilrecht, nicht aber der praetor machen[30]; aber er erhielt allmählich die Rechte eines wahren Erben (er galt heredis loco[31]). Dabei iſt aber noch Folgendes zu bemerken.

---

[27] I. de succ. cogn. 3, 5 t. t.; de bonor. poss. 3, 9 § 5. — Hier beerbte auch der Deſcendent, welcher in adoptiva familia iſt, ſeinen leiblichen Aſcendenten (Gaius Inst. III § 31). Hier erſt beerbten ſich die Mutter und ihre Kinder (I. ad SC. Tert. 3, 3 pr.). — Die früheren, z. B. Agnaten, welche ihre Klaſſe verſäumten, konnten ſich in dieſer Klaſſe wieder melden (D. de succ. ed. 38, 9 l. 1 § 11; unde legit. 38, 7 l. 2 pr.).

[28] Arndts § 474 Anm. 2.

[29] I. de agnat. succ. 3, 2 § 7; de bonor. poss. 3, 9 § 5; vgl. D. de success. edict. 38, 9 l. 1 § 10. 11. Arndts § 478 Anm. 1.

[30] I. de bonor. possessionib. 3, 9 § 2.

[31] Arndts § 466 Note c. d—i. D. de bonor. poss. 37, 1 l. 1. 2. 3 pr.

1) Agnitio bonorum possessionis. Der bonorum possessor konnte die Erbschaft nur erwerben durch eine Erklärung vor dem kompetenten Magistrat[32] und durch ein Ansuchen um bonorum possessio (agnitio bonorum possessionis). Dieses mußte in einer bestimmten Frist geschehen und auch der suus heres, wenn er Erbe nach dem Edikt werden wollte, erwarb die bonorum possessio nur durch diese agnitio[33]. Der Prätor ertheilte dann dem Ansuchenden, der sich darauf berief, daß er durch das Edikt in der betreffenden Klasse berufen sei[34], die bonorum possessio sofort ohne Weiteres ganz nach der Ordnung des Edikts: bonorum possessio edictalis. Natürlich aber war die Ertheilung nur gültig und wirksam, wenn Derjenige, der auf diese Weise die bonorum possessio erhielt, wirklich der nach dem Edikt zunächst Berufene war, worüber aber erst, wenn er mit einem andern Erbs-Prätendenten in Streit kam, die Beweise zu führen waren.

Versäumte der Berufene die Frist, so hatte er sein Recht auf die bonorum possessio für die betreffende Klasse verloren; er konnte sich aber in einer späteren melden, wenn er auch in dieser steht (z. B. ein Agnat in der Klasse der Kognaten).

2) Bonorum possessio cum re und sine re. Der nach dem Civilrecht zur Erbschaft Berufene hatte, um die Erbschaft zu erlangen, die bonorum possessio nicht nöthig, sollte er auch im betreffenden Fall zugleich zur bonorum possessio berufen sein. Er konnte ja als Civilerbe, ohne sich zur bonorum possessio zu melden, die Erbschaft nach den Grundsätzen des ius civile (auf die unter Lit. A. Nr. II 2 angeführte Weise) erwerben.

Dies konnte aber zu Kollisionen mit prätorischen Erben, welche die bonorum possessio agnoscirt hatten, führen.

Hierbei (bei solchen Kollisionen) galt die Regel, daß der Civilerbe vorging, er die bonorum possessio des prätorischen Erben sine re machen konnte, d. h. der bloß prätorische Erbe mußte ihm weichen, selbst dann, wenn der Letztere nach der Ordnung des Edikts ihm vor-

---

§ 1. 2; de R. I. 50, 17 l. 117. — S. besonders Savigny Vermischte Schriften II 230 f.

[32] Im spätern Recht vor jedem beliebigen Richter (Cod. qui admitt. 6, 9 cst. 9; I. de bon. poss. 3, 9 § 7).

[33] Arndts § 508 Anm. 1.

[34] Savigny Vermischte Schriften II 301 ff.

gehen würde; z. B. wenn Jemand als nächsten Civilinteſtaterben einen agnatiſchen Vetter hinterließ und ein nach Civilrecht ungültiges, aber nach der prätoriſchen Form gültiges Teſtament gemacht und darin einen Dritten (z. B. ſeinen Enkel aus ſeiner verſtorbenen Tochter) eingeſetzt hatte: ſo gab der Prätor dieſem Dritten, wenn er ſich bei ihm meldete, die bonorum possessio secundum tabulas; allein da nach Civilrecht das Teſtament ungültig war, ſo trat nach Civilrecht die Inteſtaterbfolge ein, und jener Agnat konnte nun die Civilerbſchaft durch Antretung erwerben (Lit. A. II 2) und dann mit der hereditatis petitio dem eingeſetzten prätoriſchen Erben die Erbſchaft nehmen, ihm ſeine bonorum possessio sine re machen. — Oder: der Erblaſſer hinterließ bloß einen Agnaten und einen Kognaten (z. B. einen Bruder A., mit dem er den Vater gemein hatte und einen Bruder B., mit dem er bloß die Mutter gemein hat) und es wurde da der Agnat ſich nicht zur bonorum possessio in der zweiten Klaſſe meldete und die prätoriſche Friſt verſtreichen läßt, dem Kognaten in der dritten Klaſſe die bonorum possessio ertheilt; der Agnat tritt aber ſpäter die ihm durch das Civilrecht deferirte Erbſchaft an: ſo kann er die bonorum possessio des Kognaten sine re machen [35].

Doch wurden allmählich durch kaiſerliche rescripta von dieſer Regel Ausnahmen gemacht, in welchen der Civilerbe demjenigen prätoriſchen Erben, der nach dem Edikt ihm vorging (z. B. der Agnat der zweiten Klaſſe dem emancipatus), nicht mehr die bonorum possessio sine re machen konnte [36].

3) Interdictum quorum bonorum. Der Prätor führte für den bonorum possessor ein beſonderes Rechtsmittel ein, das interdictum quorum bonorum. Mit dieſem konnte er die Erſchafts ſachen (d. h. die zur Erbſchaft gehörigen körperlichen Dinge), wenn ſie ein dritter unberechtigter Erbs-Prätendent (pro herede oder pro possessore) beſaß, dieſem im Wege des Interdiktsproceſſes abfordern. Zwar erhielt der bonorum possessor bald auch das Recht zur hereditatis petitio ganz wie der heres [37]; aber das interdictum konnte

[35] Auch pro parte — z. B. wenn der eine Agnat ex iure civili antritt, der mit ihm berufene andere Agnat die bonorum possessio erwirbt. Vgl. Arndts § 467 Note b. c.

[36] Gaius Inst. II § 120. Bangerow Pand. § 399. Arndts Vermiſchte Schriften II 314 f.

[37] Arndts § 466 Note g.

ihm in manchen Fällen von Intereſſe ſein wegen mancher Vortheile, die das alte Interdiktsverfahren gab. Nur mußte er dabei beweiſen, daß er die bonorum possessio erlangt habe und daß ihm wirklich das prätoriſche Erbrecht zukomme (filium esse etc.). Der Civilerbe aber konnte von dem Interdikt nur Gebrauch machen, wenn er zur bonorum possessio berufen war und ſie agnoſcirt hatte[38]. Übrigens iſt bei uns die Frage über die Natur des Interdikts ſehr beſtritten[39]. Aber ſie iſt für unſer Recht unpraktiſch[40].

4) Bonorum possessio necessaria und utilis. Nach dem Ausgeführten konnte dieſelbe Perſon in vielen Fällen ſowohl durch das Civilrecht, als auch durch das Edikt zur Erbſchaft berufen werden[40]. Der Berufene konnte dann wählen, ob er die Erbſchaft nach Civilrecht erwerben, alſo heres werden wollte, oder ob er bonorum possessio beim Richter (innerhalb der feſtgeſetzten Friſt) agnoſciren, alſo bonorum possessor werden wollte, und Letzteres mußte er thun, wenn er vom interdictum quorum bonorum Gebrauch machen wollte. Es war alſo für ihn in einem ſolchen Fall, um zur Erbſchaft zu gelangen, die bonorum possessio nicht necessaria, weil er ja auch nach dem ius civile die Erbſchaft antreten konnte, ſondern bloß (nach Umſtänden) eine utilis, um das Recht zum interdictum zu erlangen. In vielen Fällen aber geſchah die Berufung bloß durch das Edikt, nicht auch durch das Civilrecht, als rein prätoriſcher Erben, z. B. bei den liberi, wenn ſie nicht sui waren, und den Kognaten in der dritten, und dem Ehegatten in der vierten Klaſſe. Für ſolche war die bonorum possessio necessaria, d. h. ſie konnten nur im Wege der bonorum possessio zur Erbſchaft kommen[41].

C. Die ſpätere Erweiterung der Civilerbfolge. Nach dem (unter A. und B.) Ausgeführten waren manche nächſte Verwandtſchaftsverhältniſſe gar nicht gehörig berückſichtigt, da die bloßen Kognaten vom Civilrecht gar nicht zur Erbſchaft berufen wur-

[38] Vgl. Arndts § 535. S. beſonders Arndts Geſammelte Schriften II 313 ff. — Savigny Vermiſchte Schriften II 220 f.

[39] S. unten Lit. D Nr. III.

[40] Z. B. die sui werden ab intestato, nach Civilrecht und von dem Edikt berufen; die agnati auch nach beiden in der zweiten Klaſſe.

[41] Arndts § 467 Note a.

den und ſie nach dem prätoriſchen Edikt den Agnaten in der Regel nachgeſtellt waren.

Dieſem ſuchte das ſpätere Civilrecht in der Kaiſerzeit abzuhelfen. Es wurde durch senatusconsulta und constitutiones principum gewiſſen bloßen Kognaten ein Civilerbrecht gegeben, theils vor, theils neben den Agnaten (wodurch ſie auch in die zweite[42] prätoriſche Klaſſe unde legitimi kamen[43]); ſo namentlich durch ein senatusconsultum Tertullianum (unter Hadrian und ſpätere Erweiterungen desſelben) der Mutter am Nachlaß ihrer Kinder[44]; und durch ein senatusconsultum Orphitianum (unter Marc Aurel den Kindern ein Civilinteſtaterbrecht an ihre Mutter und durch kaiſerliche Verordnungen ſpäter auch den Enkeln an die mütterlichen Großeltern[45]; ferner durch kaiſerliche Verordnung den kognatiſchen Geſchwiſtern des Erblaſſers und deren Kindern[46]. Aber das Verhältnis dieſer neuen Civilerben zu den anderen Erben wurde von den angeführten Geſetzen zum Theil auf eine ſehr komplicirte Weiſe beſtimmt[47].

Noch iſt zu bemerken, daß die alten Formen der Errichtung des Civil- und des prätoriſchen Teſtaments durch ſpätere Imperatoren ganz beſeitigt und in eine civiliſtiſche Form umgewandelt wurden, ſo daß es in Beziehung auf die Form ein beſonderes prätoriſches Recht nicht mehr gab.

D. Das neueſte römiſche und bei uns geltende Recht. Nach dieſem iſt die bonorum possessio ganz beſeitigt, wie ſich aus Folgendem ergeben wird[48].

I. Juſtinian ging ſchon in ſeinen neueren Konſtitutionen im Kodex und in ſeinen Inſtitutionen (alſo ſchon vor ſeinen Novellen) davon aus, daß die prätoriſche Ordnung, in welche ja auch alle Civilerben eingereiht waren, durchaus die maßgebende ſei, ſo daß alſo ein Civilerbe, der in jener Ordnung einem prätoriſchen Erben nachgeſtellt iſt, ſtets dem Letzteren nachſteht und ein in jener Ordnung ſpäter ge-

---

[42] Zum Theil auch in die erſte, die Enkel aus der Tochter.
[43] D. unde legitimi 38, 7 l. 2 § 4.
[44] I. de SC. Tertull. 3, 3 tot. tit.
[45] I. ad SC. Orphit. 3, 4 tot. tit.; Cod. de suis et legit. 6, 55 cst. 12.
[46] Arndts § 474 Anm. 3.
[47] S. beſonders Bangerow Pand. § 408—410.
[48] Es iſt dies nicht unbeſtritten.

rufener Erbe nicht zur Erbſchaft gelangen konnte, ſo lang ein vor ihm gerufener noch zur Erbſchaft kommen konnte. Hiernach konnte eine bonorum possessio sine re nicht mehr vorkommen, wie auch eine ſolche in Juſtinians Legislation gar nicht erwähnt wird.

II. Noch viel weiter aber ging Juſtinian in ſeinen neueſten Geſetzen, in ſeinen Novellen. Denn

1) in der Novelle 118 (mit einem Nachtrag in Nov. 127) änderte er völlig diejenige Inteſtaterbfolge der Verwandten, wie er ſie in ſeine Inſtitutionen, Digeſten und Kodex aufgenommen hatte. Er führte eine ganz neue Civil-Inteſtaterbfolgeordnung derſelben ein und hob dabei die Rückſicht auf Agnation ganz auf, ſtellte die Kognaten den Agnaten ganz gleich. Dadurch gründete ſich nun die ganze Inteſtaterbfolge der Verwandten lediglich auf kaiſerliche Verordnungen, die Novellen 118 und 127, alſo auf das ius civile. Der Dualismus zwiſchen Civil- und prätoriſcher Erbfolge war alſo bei der Erbfolge der Verwandten ganz beſeitigt[49].

2) Ebenſo änderte Juſtinian in Novelle 115 die Notherbfolge der Deſcendenten und Aſcendenten ganz und verſchmolz auch hier in gleicher Weiſe die alte civiliſtiſche Notherbfolge (Lit. A. II. 1.) und die prätoriſche (Lit. B. I. 1. b.) in ein einziges civiliſtiſches Inſtitut, wodurch die bonorum possessio contra tabulas und überhaupt jeder Dualismus zwiſchen Civil- und prätoriſchem Erbrecht auch bei der Notherbfolge wegfiel[50].

3) Es giebt nur noch ein paar Fälle bloß prätoriſchen Erbrechts, d. h. in welchen das Recht des Erben bloß auf Beſtimmungen des prätoriſchen Edikts ſich ſtützte. Von dieſen Fällen behaupten nun Manche, daß bei ihnen noch die bonorum possessio gelte; es könne in ihnen der Berufene auch bei uns die Erbſchaft nur durch agnitio bonorum possessionis vor dem Richter erwerben. Allein es iſt ſehr wahrſcheinlich, daß ſchon Juſtinian in dieſen Fällen eine agnitio bonorum possessionis nicht mehr als nöthig anſah, ſondern davon ausging, daß der Berufene auch hier ganz wie ein Civilerbe die Erbſchaft durch außergerichtliche Antretung erwerben kann. Jedenfalls aber wurde Letzteres in Deutſchland von dem Gewohnheits-

[49] Es giebt gar nicht mehr eine bonorum possessio der Verwandten.

[50] S. die Lehre vom Notherbrecht unten § 323 ff. — Arndts § 598 Anm. a. E. und § 599 Anm.

recht entſchieden angenommen. Dieſes kennt keine bonorum possessio und macht keinen Unterſchied zwiſchen Civil- und prätoriſchen Erben[51].

In jenen Fällen gilt daher über Erwerbung der Erbſchaft Dasſelbe, was bei der Civilerbſchaft gilt; nur wurde bei ihnen das Recht auf die Erbſchaft durch eine andere Quelle eingeführt. Jene Fälle ſind nämlich folgende:

a. In einigen Fällen, in welchen ein Teſtament nach einer zu weit getriebenen Spitzfindigkeit des ius civile[52] nichtig ſein würde, wird es in Folge einer Beſtimmung des prätoriſchen Edikts aufrecht erhalten, indem das Edikt aus ihm bonorum possessio secundum tabulas gab[53]. Allein dies heißt nun nichts Anderes als: das Teſtament iſt nach juſtinianiſchem und heutigem Recht (nicht nichtig, ſondern durchaus) als gültig zu behandeln und die Bezeichnung bonorum possessio secundum tabulas hat dabei bloß die hiſtoriſche Bedeutung, daß die Rechtsquelle, welche in ſolchen Fällen die Gültigkeit des Teſtaments einführte, urſprünglich das prätoriſche Edikt war[54].

b. Das Inteſtaterbrecht des überlebenden Ehegatten, ex edicto: unde vir et uxor, iſt ein rein prätoriſches und blieb auch im neueſten römiſchen Recht gültig. Allein dies heißt nun eben: der Gatte hat nach allen Verwandten ein geſetzliches Erbrecht, das urſprünglich durch das prätoriſche Edikt eingeführt wurde.

III. Noch behaupten Viele, wenigſtens in einem Fall beſtehe noch der Unterſchied zwiſchen Civil- und prätoriſchen Erben; wenn nämlich ein Erbe vom interdictum quorum bonorum Gebrauch machen wolle, ſo müſſe er (nach Lit. B. II. 3.) die bonorum possessio beim Richter nachſuchen. Allein dieſe beachten nicht, daß dadurch alle Verwandte bei der Inteſtaterbfolge vom interdictum quorum bonorum ausgeſchloſſen wären, da dieſe nach Novelle 118 nur ein Civilerbrecht haben[55]. Überhaupt aber fällt dieſe Frage nach deutſchem Gewohnheitsrecht ganz weg; denn durch dieſes[56] wurde das

---

[51] Arndts § 508 Anm. 1, § 509 Anm. 1. Windſcheid Pand. § 596 Note 9 § 598 im Anf.

[52] Scrupulositas iuris civilis (D. de iniusto 28, 3 l. 12 pr.).

[53] Arndts § 502 Anm. 3 Lit. b. c; § 503 bei Note c. d.

[54] Das Erbrecht ſelbſt ſteht ganz dem civiliſtiſchen gleich.

[55] Savigny Vermiſchte Schriften II 236 f., 304.

[56] Windſcheid Pand. § 617 hält dies ſchon für römiſch, verbindet aber mit „Beſcheinigung" einen Begriff, den das deutſche Recht nicht damit verbindet.

römiſche interdictum quorum bonorum ganz umgewandelt und aus dem Interdikt ein eigenthümliches bloß proviſoriſches (ſummariſches) Rechtsmittel gemacht, deſſen ſich jeder Erbe, auf welche Quelle ſich ſein Erbrecht auch ſtützen mag, bedienen kann. Wenn nämlich ein Dritter, gegen welchen die Erbſchaftsklage[57] zuläſſig ſein würde, Erbſchaftsſachen (pro herede oder pro possessore) beſitzt, ſo kann nach deutſchem Gewohnheitsrecht der berechtigte Erbe ihm mit dem interdictum quorum bonorum dieſe Sachen vorläufig abfordern, wenn er ſein Erbrecht zwar nicht vollſtändig beweiſen, aber wenigſtens beſcheinigen, d. h. wahrſcheinlich machen kann[58]. Es muß ihm dann der Beſitzer vorläufig[59] die Sachen herausgeben; wenn aber der Letztere glaubt, der wirklich berechtigte Erbe zu ſein, ſo mag er gegen den Sieger mit der hereditatis petitio auftreten, mit der er aber nur dann durchdringt, wenn er wirklich ſein beſſeres Erbrecht vollſtändig nachweiſt[60].

E. Mit der eigentlichen bonorum possessio, d. h. einem prätoriſchen Erbrecht, darf man nicht verwechſeln einige Fälle, in welchen das prätoriſche Edikt unter dem Namen bonorum possessio nicht ein Erbrecht, ſondern bloß einen interimiſtiſchen Beſitz bis zu einem gewiſſen Zeitpunkt ertheilte, und die auch bei uns noch praktiſch ſind. Dieſe bonorum possessiones oder missiones in bona ſind ſtets decretales, d. h. ſie werden nur ertheilt nach vorgängiger causae cognitio durch ein richterliches Dekret. Aber es handelt ſich bei ihnen nicht von einem Erbrecht, durch das man den Nachlaß erwirbt, ſondern bloß von einem Recht auf Beſitz und Verwaltung des Nachlaſſes und auf Unterhalt aus demſelben bis zu einem gewiſſen Ereignis hin[61].

---

[57] S. unten § 308.
[58] Der Begriff der Beſcheinigung iſt im Civilproceß näher zu beſtimmen.
[59] Der definitive Streit über das Erbrecht wird ausgeſetzt.
[60] Arndts § 535.
[61] Über dieſe Fälle ſ. unten § 309.

Erster Unterabschnitt*.

Die Berufung zur Erbschaft.

Erstes Kapitel. Die Berufung zur Erbschaft überhaupt.

Die Erfordernisse zur Berufung.

§ 272.

(Arndts § 469.)

Um als Erbe in einen Nachlaß eintreten zu können (ganz oder theilweise), muß dem Betreffenden im konkreten Falle die Erbschaft wirklich angeboten, er zur Erbschaft berufen worden sein[1]. Wir bezeichnen diese Berufung zur Erbschaft gewöhnlich durch delatio[2] der Erbschaft; Viele auch durch: Anfall der Erbschaft.

Zu dieser Delation wird erfordert

1) daß der Erblasser gestorben ist[3];

2) daß der Gestorbene vermögensfähig war[4];

3) daß der zu Berufende den Erblasser überlebt;

4) daß derselbe erbfähig ist[5] und

5) daß in Beziehung auf ihn ein Delationsgrund eingetreten ist, d. h. einer der Gründe, durch welche man zu der Erbschaft berufen werden kann[6].

Sind diese Bedingungen erfüllt, so hat nun der Berufene die rechtliche Möglichkeit, die Erbschaft zu erwerben[7]. Diese Möglichkeit ist ein ius personalissimum[8]. Von diesen Requisiten sind zwei noch besonders zu entwickeln.

---

* Um eine Erbschaft erwerben zu können, muß man zu derselben berufen worden sein. Man muß also unterscheiden die Berufung zur Erbschaft und die Erwerbung der Erbschaft, zu der man berufen worden ist.

[1] Hereditas defertur, delata est. [2] Der Ausdruck ist nicht römisch.

[3] Viventis hereditas non datur. D. de adquir. her. 29, 2 l. 19. 20.

[4] Nicht gerade, daß er Vermögen hinterließ; hat er keines, — so ist eben die Erbschaft inhaltslos. — Bei uns ist, da wir keine Sklaven haben, jeder Mensch, auch das Hauskind (s. oben § 255) vermögensfähig, ausgenommen, nach kanonischem Recht, Klosterpersonen (vgl. Arndts l. c. Note h), worüber das Nähere in das Kirchenrecht gehört.

[5] S. unten § 274. [6] S. unten § 273.

[7] Wie die wirkliche Erwerbung geschieht, die adquisitio hereditatis, durch welche der Nachlaß nun wirklich in das Vermögen des Berufenen (ganz oder theilweise) übergeht, darüber s. unten § 298 Nr. I und VII.

[8] Darüber und über die Ausnahmen s. unten § 299.

Die Delationsgründe und ihr Verhältnis zu einander.

§ 273.

(Arndts § 470.)

A. Man kann, was die Berufungsgründe betrifft, zu einer Erbschaft berufen werden, entweder durch den (von den Gesetzen anerkannten) Willen des Erblassers oder (direkt) durch die Gesetze, und zwar

I. nach römischem Recht;

1) zunächst durch den in einem gültigen Testament erklärten Willen des Erblassers. Es wird dann die Erbschaft den Testamentserben, d. h. den im Testament eingesetzten Erben ex testamento deferirt. Ein solches Testament kann aber der Erblasser bis zu seinem Tode widerrufen; auch kann er es durch ein neues Testament ersetzen.

2) Hinterließ der Erblasser kein gültiges Testament oder fällt es nach seinem Tode zusammen (z. B. durch Destitutwerden oder durch Nachgeburt eines Notherben), so wird nun denjenigen Personen die Erbschaft deferirt, die das Gesetz für diesen Fall bestimmt (gesetzliche oder Intestaterben). Es kommt dann zur Intestaterbfolge[1].

II. Nach deutschem Recht gelten auch ganz die unter Nr. I angeführten Berufungsgründe; aber es kommt zu ihnen noch ein dritter ihnen vorangehender hinzu: der Erbvertrag (Erbeinsetzungsvertrag, sog. pactum hereditarium adquisitivum), d. h. es kann der Erblasser seinen künftigen Nachlaß Jemandem durch einen Vertrag, den er mit ihm schließt, als Erben gültig zusagen, also durch den Vertrag ihn gleichsam zum Erben einsetzen[2]. Ein solcher Vertrag ist nicht willkürlich widerruflich.

Das römische Recht erklärte mit Recht solche Erbverträge für ungültig, weil es mißlich und contra bonos mores sei, daß Jemand sich unwiderruflich über seinen Nachlaß die Hände binde[3]. Nach

---

[1] Hereditas ab intestato oder gesetzliche Erbfolge, s. unten § 275 f.

[2] Es wird dann nach dem Tode des Erblassers dem Vertragserben die Erbschaft ex pacto deferirt.

[3] Cod. de inut. stip. 8, 39 est. 4. — Grundsatz: voluntas ambulatoria est usque ad mortem.

deutschem Gewohnheitsrecht dagegen ist er ganz gültig und wirksam[4].

Von dem Erbvertrag ist aber wohl zu unterscheiden der Fall, über den auch bei uns das römische Recht ganz gilt, wenn zwei Personen mit einander einen Veräußerungsvertrag über den künftigen Nachlaß einer noch lebenden Person schließen, sog. pactum de hereditate tertii, z. B. ich schließe mit A. einen Kauf dahin, daß ich ihm für 6000 M. Alles überlassen wolle, was ich im nächsten Jahre von Anderen durch Erbschaft erwerben würde; ein solcher Vertrag[5] ist schon nach dem römischen Recht gültig[6]. Nur wenn der Dritte, über dessen künftigen Nachlaß paciscirt wird, konkret bestimmt ist, z. B. wenn ich dem A. die Erbschaft, die ich von meinem Oheim B. zu hoffen habe, verkaufe oder schenke, so ist zur Wirksamkeit[7] des Vertrags die Zustimmung dieses Dritten nöthig[8]. Wird ein solcher Vertrag ohne diese Zustimmung geschlossen, so kann der Fiskus dem Veräußerer Das, was er später vom Dritten erbt, wegen Unwürdigkeit entziehen[9]. Wenn aber der Dritte seine Zustimmung gab, so gilt der Vertrag zwar zwischen den Paciscenten; der Dritte wird aber natürlich dadurch keineswegs verpflichtet, dem Veräußernden wirklich seine Erbschaft zu hinterlassen[10].

Es giebt hiernach bei uns 3 Delationsarten: Erbvertrag, Testament, Gesetz.

B. Das Verhältnis dieser Delationsarten zu einander ist folgendes:

I. Die Vertragserbfolge geht der testamentarischen und Intestaterbfolge vor[11].

II. Die Testamentserbfolge geht der Intestaterbfolge vor.

Zur Intestaterbfolge kommt es nur, wenn der Erblasser nicht durch Vertrag über seinen ganzen Nachlaß disponirt hatte und auch

---

[4] Das Nähere darüber gehört in die Vorlesungen über deutsches Privatrecht.

[5] Ebenso eine Schenkung.

[6] D. pro soc. 17, 2 l. 3 § 1. 2.; l. 73. Es treten bei ihm die bei Arndts § 540 Note a—c angegebenen Grundsätze ein, s. unten § 310.

[7] Gültig ist auch ohne die Zustimmung der Vertrag.

[8] Cod. de pact. 2, 3 cst. 30; D. de donat. 39, 5 l. 29 § 2, l. 30.

[9] Arndts § 520 Anm. 2 Nr. 1 c.

[10] Alles Dieses gilt auch ganz noch bei uns. — Über Erbverzichte s. Arndts § 470 Anm. 3 Lit. c, vgl. unten § 298 Nr. VI, und über Arndts l. c. Anm. 3 Lit. b s. unten § 296.

[11] Das Nähere darüber gehört in das deutsche Privatrecht.

kein gültiges Teſtament hinterließ oder ſein Teſtament nach ſeinem Tode aus irgend einem Grunde zuſammenfällt[12].

III. Wie iſt es aber, wenn der Erblaſſer ein gültiges Teſtament errichtet hatte, aber eine Lücke vorhanden iſt oder entſteht? z. B. er hat nicht über den ganzen Nachlaß teſtirt, oder mehrere Erben ernannt und einer derſelben ſtirbt vor ihm oder ſchlägt ſeinen Theil aus, fällt alſo weg. Hierüber entſcheidet

1) zunächſt ein Grundſatz, welcher ſehr wichtige Konſequenzen, beſonders für das Anwachſungsrecht[13], hat, die aber häufig dem Willen des Erblaſſers nicht entſprechen werden, nämlich der Grundſatz: nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest, d. h. durch die Teſtamentserbfolge wird die Inteſtaterbfolge durchaus ausgeſchloſſen; es kann alſo neben der Teſtamentserbfolge nicht die Inteſtaterbfolge eintreten, auch nicht zu einem Theile[14]. — Aus dieſem Grundſatz folgt namentlich:

a. Wenn der Erblaſſer nur über einen Theil des Nachlaſſes teſtirte, ſei es abſichtlich oder weil er ſchlecht rechnete, ſo fällt der Reſt nicht an ſeine Inteſtaterben, ſondern wächſt den Teſtamentserben zu[15].

b. Wenn ein Teſtamentserbe ausfällt, z. B. vor dem Erblaſſer ſtirbt oder ſeine Portion ausſchlägt, ſo fällt dieſe nicht an die Inteſtaterben, ſondern wächſt den übrigen Teſtamentserben zu[16].

c. Noch andere Konſequenzen ergeben ſich dann, wenn der Erbeinſetzung eine Bedingung oder ein dies beigefügt iſt[17].

Zur Inteſtaterbfolge kommt es alſo erſt, wenn alle Teſtamentserben wegfallen, ohne die Erbſchaft erworben zu haben und dadurch das Teſtament zuſammenfällt[18].

Über den Grund jenes Satzes iſt viel Streit (bei unſeren Civiliſten). Viele ſagen, er ſei veranlaßt worden durch eine ſtrikte Auslegung der XII Tafeln, welche ſagten, wenn der Erblaſſer in-

---

[12] D. de adq. her. 29, 2 l. 39. Vgl. Arndts § 503 Nr. 2, 3.

[13] Vgl. Arndts § 518.

[14] I. de hered. inst. 2, 14 § 5; D. de R. I. 50, 17 l. 7; Arndts § 470 Anm. 2.

[15] Z. B. wenn er ſagt: A. B. C. D. ſollen meine Erben ſein, Jeder zu 1/5, ſo wächſt das nicht vertheilte Fünftel den Genannten zu: Jeder bekommt 1/4. D. de hered. inst. 28, 5 l. 13 § 2. 3; I. e. t. 2, 14 § 7.

[16] D. de adq. her. 29, 2 l. 31; l. 53 § 1. Vgl. Arndts § 518.

[17] S. unten § 291. [18] Vgl. Arndts § 503 Nr. 2.

testatus moritur, so komme es zur Inteſtaterbfolge; daraus habe man gefolgert: Wer nur über einen Theil teſtire, ſterbe nicht intestatus, alſo komme es nicht zur Inteſtaterbfolge. Daß aber Dieſes nicht der alleinige Grund war, ergiebt ſich wohl daraus, daß die römiſchen Juriſten ſagen, es ſei eine naturalis pugna zwiſchen Teſtaments- und Inteſtaterbfolge geweſen. Worin aber dieſe beſtehen ſoll, ſagen ſie nicht und es haben deßhalb viele unſerer Civiliſten die verſchiedenſten Hypotheſen darüber aufgeſtellt, die aber zu keinem ſichern Reſultat führen. Jedenfalls aber nahmen die Römer nicht an, daß die Verbindung beider Erbfolgearten juriſtiſch ganz unmöglich ſei; denn

2) der Grundſatz gilt keineswegs unbedingt; vielmehr gilt er in folgenden Fällen nicht:

a. bei einem privilegirten Soldatenteſtament[19]; bei dieſem gilt hierüber lediglich Das, was dem wahrſcheinlichen Willen des Erblaſſers gemäß iſt; wenn es alſo wahrſcheinlich im Sinn des Erblaſſers lag, daß bei Lücken nicht das Anwachſungsrecht der Teſtamentserben, ſondern die Inteſtaterbfolge eintreten ſoll, ſo tritt dieſe für den betreffenden Theil ein[20];

b. wenn die Verbindung beider Erbfolgearten nöthig wird, um eine geſetzwidrige Beſtimmung des Erblaſſers zu reformiren[21];

c. wenn ein Hauskind ein peculium militare und ein adventitium hinterläßt und über Erſteres, wozu er befugt iſt, teſtirt. Hier wird er in dem adventitium, über das er nach gemeinem Recht nicht teſtiren darf, ab intestato beerbt.

3) Von ſelbſt verſteht es ſich, daß der Erblaſſer im Teſtament auch ſeine nächſten Inteſtaterben zu Erben ernennen kann, z. B. es ganz gültig iſt, wenn er ſagt: mich ſollen Diejenigen beerben, welche zur Zeit meines Todes meine Inteſtaterben ſein werden. Dies iſt aber nicht eine Verbindung der Inteſtat- mit der Teſtamentserbfolge; denn in einem ſolchen Falle wird den Inteſtaterben die Erbſchaft ex testamento deferirt.

---

[19] S. unten § 285 Nr. I.

[20] Arndts § 470 Anm. 2 Lit. a. Cod. de test. mil. 6, 21 cst. 1. 2.

[21] Arndts l. c. Lit. b. Z. B. wenn A., deſſen Bruder ſein nächſter Inteſtaterbe wäre, ein Teſtament macht und ſetzt eine persona honesta und eine persona turpis, jede zu 1/2 zu ſeinen Erben ein, und übergeht ſeinen Bruder (nächſten Inteſtaterben).

C. Nach dem Ausgeführten geht die durch den Willen des Erblassers begründete Erbfolge (Nr. I und II) der gesetzlichen vor. Aber der Wille des Erblassers ist an gewisse Schranken gebunden. Er muß seine sog. Notherben berücksichtigen. Macht er in seinem Testament oder Erbvertrage gewisse Fehler gegen sie, so kann nach Umständen Testament und Vertrag zusammenfallen und dann die Intestaterbfolge gegen den Willen des Erblassers eintreten[22].

Die Erbfähigkeit.

§ 274.

(Arndts § 471.)

Zu einer Erbschaft berufen werden kann natürlich nur ein Solcher, welcher überhaupt erbfähig ist. Einem Erbunfähigen kann eine Erbschaft nicht deferirt werden; wurde er z. B. in einem Testamente eingesetzt, so ist die Einsetzung nichtig.

Die Erbfähigkeit ist aber durchaus die Regel für jede Person. Es giebt davon nach heutigem Recht nur zwei Ausnahmen, nämlich:

1) Eine hereditas iacens kann nicht zu einer Erbschaft berufen werden[1].

2) Wer zur Zeit des Todes des Erblassers noch gar nicht existirte, noch nicht einmal im Mutterleibe, also noch gar nicht concipirt oder gezeugt ist, kann ihm nicht als Erbe succediren, weder als Intestat- noch als Testamentserbe[2].

Das römische Recht kannte noch viele andere Fälle der Erbunfähigkeit, indem es manche Personen überhaupt für erbunfähig, manche wenigstens für unfähig, gewisse Personen zu beerben, erklärt[3].

---

[22] S. unten § 327.

[1] Ex testamento (ab intestato versteht es sich von selbst); Arndts § 465 Note b. Es ist daher unrichtig, was Arndts § 471 in Anm. 3 (am Ende) sagt. Vgl. Windscheid Pand. § 535 Note 16. — Ein servus hereditarius einer hereditas iacens konnte zum Erben eingesetzt werden, aber nur der nachherige Erbe konnte ihm befehlen, die Erbschaft anzutreten. I. de her. qual. 2, 14 § 2.

[2] S. Arndts § 471 Anm. 1.

[3] Arndts l. c. Anm. 2. Diese (Anm. 2 Lit. a angeführten) Fälle sind bei uns unpraktisch; Sklaven haben wir nicht und Fremde (peregrini) oder Nichtbürger sind in Deutschland durchaus erbfähig (Arndts § 28). Übrigens konnten nach römischem Recht auch Sklaven in einem Testament gültig zu Erben eingesetzt werden und zwar konnte der Erblasser den Sklaven eines Dritten einsetzen; es konnte dann der Sklave auf Befehl seines Herrn die Erbschaft antreten, wodurch er sie für seinen Herrn erwarb. Der Erblasser konnte auch seinen eigenen Sklaven zu seinem Erben ernennen; denn es erwarb

Was die juriſtiſchen Perſonen betrifft, ſo meinen Manche[4], bloß Staat, Gemeinden, Kirchen und milde Stiftungen ſeien erbfähig; allein ſchon nach dem neueſten römiſchen Recht iſt dieſe Beſchränkung ſehr zweifelhaft[5]. Jedenfalls geht in Deutſchland entſchieden das Gewohnheitsrecht dahin, daß alle juriſtiſchen Perſonen, mit Ausnahme der hereditas iacens, erbfähig ſind, ſie daher gültig zu Erben eingeſetzt werden können[6].

Von der Erbunfähigkeit iſt wohl zu unterſcheiden

I. das capere non posse, die Inkapacität. Sie iſt bloß eine Erwerbsunfähigkeit in Betreff Deſſen, wozu man an ſich berufen iſt. Der incapax kann zum Erben eingeſetzt und mit Vermächtniſſen bedacht werden (es wird ihm deferirt)[7]; aber wenn er zur Zeit der Delation noch incapax iſt, ſo kann er es nicht erwerben, ein Anderer tritt an ſeine Stelle[8].

II. Die Indignität, d. h. die Unfähigkeit etwas gültig Erworbenes zu behalten. In manchen Fällen nämlich erklärt das Geſetz gewiſſe Perſonen (zwar nicht für unfähig, mortis causa zur

---

dann der Sklave nach der Delation die Freiheit und ipso iure für ſich die Erbſchaft als necessarius heres; I. de hered. instituend. 2, 14 pr. bis § 3. — Auch die von Arndts l. c. unter Lit. b angeführten Fälle ſind bei uns unpraktiſch; denn die zu einer Kapitalſtrafe Verurtheilten (capite damnati) waren nach römiſchem Recht deßhalb ſucceſſionsunfähig, weil ſie theils Sklaven wurden, theils eine capitis deminutio media erlitten; Beides aber fällt bei uns weg (ſ. Arndts § 28); bei uns kann z. B. einem zum Tod Verurtheilten noch eine Erbſchaft deferirt und von ihm erworben werden. — Das bei Arndts unter Lit. c Bemerkte (Kinder der Hochverräther) gilt jedenfalls nach unſerem jetzigen gemeinen Strafrecht nicht mehr. Die bei Arndts unter Lit. d Erwähnten (Apoſtaten und Ketzer) ſind bei uns erbfähig, da bei uns Apoſtaſie und Ketzerei längſt nicht mehr Verbrechen ſind (ſ. oben § 46 Th. I S. 212). — Das bei Arndts unter Lit. e Bemerkte (Trauerjahr) iſt ſchon durch das kanoniſche Recht beſeitigt worden (ſ. oben § 245). Die Fälle der Anm. 2 Lit. e α und β (Verſäumnis der petitio tutorum und Unfähigkeit der Geſchwiſter bei gröberen Vergehen) gehören nicht zur Erbunfähigkeit, ſondern zur Indignität (vgl. Arndts § 520 Anm. 2 Nr. 2 Lit. g). — Über Lit. g (Inceſt) ſ. oben § 257 Lit. C.

[4] Auch Arndts § 471 a. E.

[5] Wie Arndts ſelbſt l. c. Anm. 3 anerkennt.

[6] Vermächtniſſe konnten jedenfalls ſchon nach römiſchem Recht alle juriſtiſchen Perſonen erwerben. D. de bon. poss. 37, 1 l. 3 § 4.

[7] Vgl. meine Erläuterungen und Erörterungen, das württembergiſche Geſetz über die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen und Strafen betreffend. Heidelberg 1840 S. 36 f. (auch im Archiv für civiliſtiſche Prax. Bd. XXIII).

[8] Dieſe Inkapacität wurde (von Auguſtus) durch die lex Iulia et Papia Poppaea für ſehr viele Fälle eingeführt, aus fiskaliſchen und Populationsgründen (ſ. Puchta Inſtitutionen § 313; Vangerow Pand. II § 429). Allein das Nähere über dieſe Fälle gehört in die Rechtsgeſchichte, da ſie durch die ſpäteren chriſtlichen Imperatoren allmählich aufgehoben wurden. — Ein noch geltender Fall einer theilweiſen Inkapacität iſt nur noch der bei Arndts § 417 Nr. 2 angeführte (zweite Ehe).

Succeſſion berufen zu werden und zu erwerben, aber) für unwürdig, das durch eine successio mortis causa Erworbene zu behalten; dies ſind die Fälle der Indignität. Einem indignus kann ganz gültig deferirt werden; er kann das Deferirte gültig erwerben[9]; aber es kann ihm von gewiſſen Perſonen, in der Regel vom Fiskus, wieder genommen werden[10].

Dieſe Indignität, welche auch bei uns noch praktiſch iſt, erſtreckt ſich bald auf Erbſchaften und Vermächtniſſe, bald bloß auf Erbſchaften, bald bloß auf Vermächtniſſe[11].

Zweites Kapitel. Die Berufung zur Erbfolge durch das Geſetz. Die Inteſtat- oder geſetzliche Erbfolge.

A. Die Delation der Inteſtaterbfolge überhaupt.

§ 275.

(Arndts § 473.)

Bei der Inteſtaterbfolge iſt ſtets im Auge zu behalten, daß ſie eine bloß ſubſidiäre iſt[1]. Sie wird hiernach deferirt

a. wenn der Erblaſſer weder einen Erbvertrag über ſeinen ganzen Nachlaß, noch ein gültiges Teſtament hinterlaſſen hat: denjenigen Perſonen, welche im Augenblick des Todes des Erblaſſers ſeine zunächſt berufenen Inteſtaterben ſind. Wenn aber

b. bei des Erblaſſers Tod ein an ſich gültiger Erbvertrag oder ein gültiges Teſtament vorliegt, jedoch dieſe aus irgend einem Grunde nach des Erblaſſers Tod zuſammenfallen[2], ſo wird die Inteſtaterbfolge Denjenigen deferirt, die im Augenblicke dieſes Zuſammenfallens die nächſtberufenen Inteſtaterben ſind[3].

Natürlich kann nur ein Erbfähiger zur Inteſtaterbfolge berufen werden; aber die Erbfähigkeit überhaupt[4] genügt nicht; ſondern es

---

[9] D. de his quae ut indign. 34, 9 l. 2 § 1, l. 8, l. 18 § 1; de iure fisc. 49, 14 l. 29 § 1.

[10] Arndts § 520 Nr. 4 und Note d—g; § 610 Note a—c.

[11] S. Arndts § 520 und § 557 Anm.

[1] Vgl. oben § 273 Lit. B. [2] Vgl. unten § 296 Nr. II.

[3] Vgl. unten § 278. — I. de legitima agnator. succ. 3, 2 § 6.

[4] Vgl. oben § 274.

wird noch erfordert die beſondere Fähigkeit zur Inteſtaterbfolge, alſo, daß man nach dem Geſetze fähig oder berechtigt iſt, einem Verſtorbenen ab intestato zu ſuccediren.

Von dieſer Fähigkeit iſt zu unterſcheiden die Erbfolgeordnung, d. h. in welcher Reihenfolge die zur Inteſtaterbfolge Fähigen und Berechtigten kommen, wer dem Andern vorgeht ꝛc.

Zur Inteſtaterbfolge fähig und berechtigt ſind in der Regel die Verwandten des Verſtorbenen und ſein Ehegatte. Es giebt aber auch Fälle eines auf anderen beſonderen Gründen beruhenden Inteſtaterbrechts. Man unterſcheidet daher die ordentliche Inteſtaterbfolge, d. h. die der Verwandten und Ehegatten, ſog. successio ab intestato ordinaria[5], und die außerordentliche, die ſog. successio extraordinaria seu ex speciali fundamento[6].

B. Die ordentliche Inteſtaterbfolge der Verwandten.

Die Erbfähigkeit der Verwandten.

§ 276.

(Arndts §§ 474—476.)

Die Grundlage der neueſten römiſchen[1] und bei uns geltenden Inteſtaterbfolge der Verwandten iſt die Novelle 118 Juſtinians mit einem Nachtrage in Novelle 127[2].

Über die Erbfähigkeit der Verwandten gelten folgende Grundſätze:

I. Die eheliche Verwandtſchaft und die der ehelichen gleichſtehende legitimirte oder durch Zeugung in einer Putativehe begründete giebt Inteſtaterbfolgerechte ohne Beſchränkung auf gewiſſe Grade und ohne Rückſicht auf väterliche Gewalt und darauf, ob die Verwandten Agnaten oder Kognaten ſind (und ob ſie eine capitis deminutio minima erlitten haben oder nicht)[3].

---

[5] S. unten § 276—280. [6] S. unten § 281.

[1] Über das ältere Recht und namentlich über Das, was Arndts § 474 in der Anm. unter Nr. 1—3 berührt, ſ. oben § 271 Lit. A, Lit. B, Nr. I 2, Lit. C, Lit. D, Nr. II. — Über Arndts l. c. Anm. 5 ſ. das Familienrecht (oben § 254 Nr. III a. E., Nr. V und § 255 Lit. A).

[2] S. Arndts § 474 Anm. 4—6 und oben § 271 Lit. D Nr. II.

[3] Nov. 118 cap. 3 § 1, cap. 4. — Über die legitimirten vgl. oben § 259; über die putativehelichen oben § 243 Nr. II. (Kein Erbrecht an die Deſcendenten hat der Ehegatte, der in mala fide iſt.)

II. Die uneheliche Verwandtschaft steht in Beziehung auf die Mutter und mütterliche Verwandte stets der ehelichen gleich, giebt also zwischen diesen und dem Kinde und seiner Descendenz volles Intestaterbrecht. Dagegen giebt sie gar kein Erbrecht dem Kinde und dessen Descendenz an den Vater und an die väterlichen Verwandten und umgekehrt[4].

III. Auch durch Adoption wird ein Erbrecht begründet[5].

Die Erbfolgeordnung der Verwandten und die Theilung bei mehreren Berufenen.

§ 277.

(Arndts § 474.)

Die Novelle 118 theilt den Worten nach die erbfähigen Verwandten in 3 Klassen, nämlich: Descendenten, Ascendenten, Seitenverwandte. In der dritten Klasse aber macht sie eine Unterabtheilung, so daß sich der Sache nach 4 Klassen ergeben[1].

Hiernach werden die Verwandten in folgender Ordnung zur Erbschaft berufen:

I. Erste Klasse. In dieser werden[2] berufen: die erbfähigen Descendenten des männlichen oder weiblichen Erblassers und zwar nach folgenden Grundsätzen:

1) Es werden Alle mit einander berufen, ohne Rücksicht auf die Nähe des Grades, in welchem sie mit dem Erblasser verwandt sind, mit der einzigen Ausnahme, daß der noch lebende Nähere dann den Entfernteren ausschließt, wenn der Letztere bloß durch Jenen mit dem Erblasser verwandt ist, z. B. hinterlasse ich einen Sohn und aus diesem einen Enkel, so beerbt mich bloß der Sohn; hinterlasse ich einen Sohn und aus einem verstorbenen Sohne einen Enkel und aus einer verstorbenen Tochter einen Urenkel, so erben Sohn, Enkel und Urenkel mit einander.

---

[4] Arndts § 476 Nr. 1 und 2. — Näheres darüber s. oben § 257. Über die Brautkinder s. oben § 232 Lit. C. Über das Erbrecht, welches nach römischem Recht die Kinder der Konkubine hatten, s. oben § 258 Nr. II a. E.

[5] S. Arndts § 475 und oben § 251 Lit. A I. II 2, III 2, IV 1 und Lit. B, ferner unten § 277 Nr. I. II. — Zu beachten ist, daß nach Nov. 118 das von einem Dritten adoptirte (legitime) Kind seinen leiblichen Vater als Kind in der ersten Klasse und der leibliche Vater dasselbe in der zweiten Klasse beerbt.

[1] Arndts l. c. [2] Nov. 118 cap. 1.

2) Beim männlichen Erblaſſer iſt ganz gleichgültig, ob die Deſcendenten in ſeiner väterlichen Gewalt ſind oder nicht; es iſt daher auch gleichgültig, ob der leibliche Deſcendent durch Adoption in aliena familia ſteht; denn er erbt[3] ſeinen leiblichen Vater in der erſten Klaſſe, weil er ſein Deſcendent iſt; Dieſes aber bleibt er, wenn er auch von einem Dritten adoptirt wird[4].

3) Es erben auch postumi, d. h. nach des Erblaſſers Tod Geborene; nur müſſen ſie zu Lebzeiten des Erblaſſers koncipirt worden ſein[5]; z. B. wenn der Erblaſſer eine ſchwangere Frau hinterläßt, oder von einem kurz vorher verſtorbenen Sohne eine ſchwangere Schwiegertochter, und dieſe ein lebendiges Kind zur Welt bringen, ſo erbt ihn auch dieſes.

4) Die Theilung geſchieht, wenn bloß Deſcendenten erſten Grades, Söhne oder Töchter erben, nach Köpfen (in capita), d. h. ſie bekommen gleiche Theile (Kopftheile). Erben aber entferntere Deſcendenten mit ihnen oder allein, ſo wird in stirpes (nach Stämmen) getheilt, d. h. es werden ſo viele gleiche Theile gemacht, als Sohnes- oder Tochterſtämme vom Erblaſſer ausgehen, und auf jeden Stamm fällt ein ſolcher Theil, ſo daß die Perſonen, welche auf einem ſolchen Stamme ſtehen, ſo weit ſie nicht durch einen noch lebenden Näheren (nach Nr. 1) ausgeſchloſſen ſind, mit einander die Portion bekommen, die auf den Stamm fällt; z. B. ich hinterlaſſe einen Sohn A., der ein Kind hat, einen zweiten Sohn B., der kein Kind hat, aus einer verſtorbenen Tochter C. 2 Enkel und aus einem verſtorbenen Sohn D. 5 Enkel. Hier ſind es 4 Stämme, die mich beerben, auf jeden Stamm fällt alſo $1/4$; A. bekommt $1/4$, ſein Kind bekommt Nichts, weil es durch ihn ausgeſchloſſen iſt; B. bekommt $1/4$; die 2 Kinder der C. bekommen mit einander $1/4$, und die 5 Enkel aus dem Sohn D. mit einander $1/4$. — Oder: ich hinterlaſſe aus einem verſtorbenen Sohn 2 Enkel, aus einer verſtorbenen Tochter 3 Enkel, ſo bekommen die 2 Erſteren mit einander $1/2$, die 3 Letzteren mit einander $1/2$. Die Stammportion theilen ſie dann unter ſich nach Köpfen, wenn ſie auf demſelben Zweige ſtehen; ſtehen ſie aber auf verſchiedenen Zweigen, ſo wird die Portion unter ſie nach Unterſtämmen weiter ver-

[3] Nach Nov. 118 cap. 1 init.
[4] S. auch die bei Arndts § 475 in der Anm. Citirten.
[5] S. oben § 274 Nr. 2.

theilt. Es bekommen z. B. die Enkel und Urenkel Das, was auf ihren parens gefallen wäre, wenn er geerbt hätte und zwar bekommen sie es nicht, wie Ältere meinten, als Repräsentanten ihres parens, nicht iure repraesentationis, sondern vermöge ihrer Qualität als Descendenten des Erblassers, also iure proprio[6].

II. Zweite Klasse. Kommt in der ersten Klasse kein Descendent zur Erbfolge[7], so werden in der zweiten Klasse berufen die erbfähigen Ascendenten des Erblassers, seine vollbürtigen Geschwister und die Kinder seiner verstorbenen vollbürtigen Geschwister, also seine vollbürtigen Neffen und Nichten[8], und zwar nach folgenden Grundsätzen:

1) Stand der Gestorbene, welcher in der zweiten Klasse zu beerben ist, in der Adoption eines Dritten, so kann er von 2 Vätern beerbt werden, dem Adoptivvater und zugleich auch von seinem leiblichen Vater[9]. Dagegen erbt bei der adoptio minus plena der adoptans gar nicht[10].

2) Von den Ascendenten schließt stets der dem Grade nach mit dem Verstorbenen näher Verwandte den Entfernteren aus, sollte er auch auf einer andern Linie stehen. Hinterlasse ich z. B. meine Mutter und meine väterlichen Großeltern, so erbt nur die Mutter[11].

3) Vollbürtige Geschwister des Verstorbenen sind solche, welche von demselben Elternpaar herstammen und zu Vater und Mutter vollkommen erbfähig sind; z. B. wenn A. mit der B. 2 uneheliche Kinder zeugt, so gelten diese nur als halbbürtige Geschwister (können also einander nicht in der zweiten Klasse beerben), weil sie in

---

[6] Nov. 118 cap. 1, vgl. auch I. de her. quae ab intest. 3, 1 § 6. Arndts § 477 Anm. 1 a. E. — Z. B. ich hinterlasse einen Sohn A., aus einem verstorbenen Sohn B. einen Enkel C. und aus einer verstorbenen Tochter des B. 2 Urenkel, so gehen 2 Stämme von mir aus; auf jeden Stamm fällt also $1/2$; das eine $1/2$ bekommt der Sohn A. allein, das andere $1/2$ fällt auf den Stamm B.; von diesem bekommt C. die Hälfte (also im Ganzen $1/4$) und die Urenkel miteinander $1/4$.

[7] Sind keine vorhanden, oder sind sie vor dem Erblasser gestorben, oder haben sie die Erbschaft ausgeschlagen.

[8] Nov. 118 cap. 2. 3; Nov. 127 cap. 1. Arndts § 477 Anm. 2.

[9] Nach dem früheren Recht konnte der Letztere nur in der prätorischen dritten Klasse erben. Vgl. Nov. 118 cap. 4.

[10] Vgl. oben § 251 Lit. A Nr. 2.

[11] Nov. 118 cap. 2. — Was Arndts in § 477 Anm. 3 von einem Erbrecht des parens manumissor (an dem emancipatus) sagt, ist wohl durch Nov. 118 beseitigt; jedenfalls ist es nie in Deutschland zur Anwendung gekommen, s. oben § 252 Nr. VI 2.

der väterlichen Linie gar nicht erbfähig sind. Wenn aber die 2 Kinder legitimirt werden, so werden sie vollbürtig [12].

4) Söhne und Töchter vollbürtiger Geschwister des Erblassers werden durch ihren parens ausgeschlossen, wenn er zur Zeit der Delation noch lebt [13].

Entferntere Descendenten, z. B. Großneffen (Urgroßneffen) erben erst in der vierten Klasse [14].

5) Theilungsart. Es wird mit Ausnahme von zwei Fällen, in der zweiten Klasse stets nach Köpfen getheilt und zwar nach deutschem Recht [15] selbst dann, wenn keine Ascendenten und Geschwister, sondern nur Neffen und Nichten da sind. Die Ausnahmefälle sind:

a. Es findet sog. Theilung in lineas [16] statt, wenn bloß Ascendenten da sind und zwar gleich nächste auf beiden Linien (der väterlichen und mütterlichen), die miteinander erben [17]. Diese Theilungsart, welche bloß in einem solchen Falle vorkommt, besteht darin: das Vermögen wird in zwei Hälften getheilt und die Ascendenten der väterlichen Linie bekommen die eine Hälfte, die der mütterlichen Linie die andere, und theilen Das, was auf ihre Linie fällt, nach Köpfen. Hinterlasse ich z. B. bloß meine beiden väterlichen Großeltern A. und B. und meinen mütterlichen Großvater C., so kommt die eine Hälfte meines Nachlasses auf A. und B. und Jeder bekommt $^1/_4$ (Kopftheil), die andere Hälfte bekommt C. allein [18].

b. Nach Stämmen (in stirpes) wird getheilt, wenn Geschwisterkinder mit Geschwistern oder mit Ascendenten oder mit beiden erben. Es gilt dann Jedes der Geschwister und jeder miterbende Ascendent für einen Stamm und je die Neffen und Nichten aus einem weggefallenen, z. B. verstorbenen Geschwister mit einander für einen Stamm, und jeder Stamm bekommt gleiche Theile [19]; hinterlasse ich z. B. Mutter und väterliche Großeltern und zwei

---

[12] Auch durch Arrogation, Arndts § 477 Anm. 4.
[13] Nov. 127 cap. 1. Arndts § 477 bei und in Anm. 5.
[14] Anders nach manchen Partikularrechten, z. B. dem sächsischen.
[15] Reichsabschied von 1529; s. Arndts § 479 Anm. 1.
[16] Es ist dies kein römischer Ausdruck.
[17] Denn sonst schließt der Nähere den Entfernteren aus.
[18] Nov. 118 cap. 2.
[19] Nov. 118 cap. 3; Nov. 127 cap. 1. Manche drücken es auch so aus: die Erben bekommen hier Kopftheile; aber man müßte beifügen: der Geschwister Kinderstamm bilde einen Kopf!

Brüder und aus einer verstorbenen Schwester 4 Neffen, so bekommen die Großeltern Nichts, weil sie durch meine (nähere) Mutter ausgeschlossen werden[20]. Meine Mutter bekommt $^1/_4$, von meinen Brüdern jeder $^1/_4$ und meine Neffen bekommen miteinander die auf ihren Stamm fallende Portion, also $^1/_4$, welches sie nach Köpfen theilen.

In allen übrigen Fällen wird in dieser Klasse in capita getheilt, also namentlich, wenn bloß gleich nächste Ascendenten von Einer Linie da sind; ferner wenn Ascendenten und Geschwister da sind. Die Letzteren theilen mit den nächsten Ascendenten nach Köpfen[21]. Ferner ebenso, wenn bloß Geschwister da sind; ferner[22] wenn bloß Geschwisterkinder erben, z. B. wenn ich aus einem verstorbenen Bruder 3 und aus einer verstorbenen Schwester 6 Neffen hinterlasse, so theilen sie nicht nach Stämmen, wie es wohl dem Sinn der Nov. 118[23] gemäß wäre, sondern jeder bekommt einen Kopftheil, also $^1/_9$[24].

III. Dritte Klasse. Wenn Niemand in der I. und II. Klasse vorhanden ist, so wird in der III. Klasse die Erbschaft deferirt den Halbgeschwistern des Erblassers und den Neffen und Nichten aus Halbgeschwistern. Natürlich werden auch hier die Neffen und Nichten ausgeschlossen, wenn ihr parens noch lebt. Die Theilung geschieht, und zwar ohne Rücksicht auf den Ursprung des Vermögens, wenn Halbgeschwister allein, oder wenn Geschwisterkinder allein da sind, in capita; wenn aber Halbgeschwister mit Kindern vorverstorbener Halbgeschwister konkurriren, so geschieht die Theilung in stirpes[25].

IV. Vierte Klasse. Wenn auch keine Person der III. Klasse da ist, so kommt die Erbschaft an die IV. Klasse, in welcher alle übrigen erbfähigen Verwandten berufen werden, so daß der dem Grade nach mit dem Erblasser näher Verwandte den Entfernteren vorgeht und gleich Nahe nach Köpfen theilen[26].

In dieser Klasse erben also auch der Oheim und die Tante den Neffen und die Nichte, während sie von den Neffen und Nichten in der II. und III. Klasse beerbt werden.

---

[20] Es sind also 4 Stämme, welche hier mit einander erben.
[21] Secundum personarum numerum. Nov. 118 cap. 2.
[22] Nach dem Reichsabschied von 1529.
[23] In der Novelle ist die Frage nicht ausdrücklich entschieden; aber unzweifelhaft ist ihr Sinn für Theilung in stirpes; allein im 15. und 16. Jahrhundert war dies sehr bestritten; deßhalb wurde im Reichsabschied die Entscheidung getroffen.
[24] Arndts § 479 Anm. 1 und besonders Schirmer l. c. S. 280 f.
[25] Nov. 118 cap. 3. [26] Nov. 118 cap. 3 § 1.

V. Der Einfluß mehrfacher Verwandtſchaft. Eine mehrfache Verwandtſchaft (wohl zu unterſcheiden von der Vollbürtigkeit) iſt vorhanden, wenn man mit dem Erblaſſer auf mehr als Einem Wege durch Verwandtſchaft verbunden iſt. Durch eine ſolche Verwandtſchaft iſt es möglich:

1) daß man, wenn man auch von der einen Verwandtſchaftsſeite ausgeſchloſſen iſt, doch auf der anderen zur Erbſchaft kommen kann; es kann z. B. Jemand zugleich Großneffe und Enkel des Verſtorbenen ſein; als Erſterer kann er ihn erſt in der vierten Klaſſe beerben, als Enkel beerbt er ihn in der erſten Klaſſe[27].

2) Man kann dadurch bisweilen mehrere Portionen bekommen; aber nur wenn in stirpes oder in lineas getheilt wird und man zugleich auf mehreren stirpes oder Linien ſteht und auf beiden zur Erbſchaft kommt[28].

Successio graduum et ordinum und Abkretionsrecht bei der Inteſtaterbfolge.

§ 278.

(Arndts § 478.)

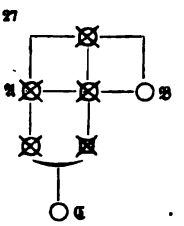
In allen vier Klaſſen der Inteſtaterben gilt nach juſtinianiſchem Recht successio graduum et ordinum[1].

1) Successio graduum iſt, wenn in einer Klaſſe der Nächſtberufene wegfällt und ein ihm nachſtehender in derſelben Klaſſe Befindlicher an ſeine Stelle tritt.

Hier ſind zwei Fälle möglich:

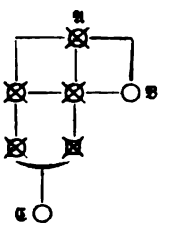
a. Wenn ſämmtliche in einer Klaſſe mit einander zunächſt

27



Als Großneffe des Erblaſſers A. wäre C. durch B. ausgeſchloſſen; als Enkel erbt er.

28



Von dem Nachlaß des A. erhält B. 1/3, hingegen C. 2/3.

[1] Arndts l. c. Anm. 1. Über das frühere Recht ſ. oben § 271 Lit. A Nr. 1 a. E. und B 1 a. E., D 1 a. E.

Berufenen (denen die Erbschaft mit einander deferirt ist) wegfallen, also die Erbschaft nicht erwerben, so wird sie nun den Personen deferirt, die in derselben Klasse stehen, aber durch Jene ausgeschlossen wurden: es tritt successio graduum ein; z. B. ich hinterlasse bloß einen vollbürtigen Bruder, welcher Kinder hat. Hier wird meinem Bruder in der zweiten Klasse die Erbschaft deferirt; schlägt er sie aus oder stirbt er vor der Antretung: so kommt nun die Erbschaft nicht an die folgende Klasse, sondern es kommen nun seine Kinder, meine Neffen und Nichten, durch successio graduum an die Reihe[2].

b. Wenn nur Einer oder Einige (nicht Alle) der in einer Klasse zunächst Berufenen wegfallen[3].

2) Successio ordinum (Klassenfolge) ist, wenn nach einer wegfallenden Klasse die nächste Klasse berufen wird. Wenn nämlich in der zunächst berufenen Klasse alle darin Stehenden wegfallen (vor der Antretung sterben oder die Erbschaft ausschlagen), so wird die Erbschaft nun der nächstfolgenden Klasse deferirt, successio ordinum[4].

3) Was das Anwachsungsrecht bei der Intestaterbfolge betrifft[5], so geht

a. dasselbe der successio ordinum stets vor. Wenn nämlich Mehrere miteinander zur Erbschaft berufen sind und einer von ihnen schlägt seinen Theil aus oder stirbt vor der Antretung, so tritt in seinen Theil nicht die folgende Klasse ein, sondern er wächst den mit ihm Berufenen an; hinterläßt z. B. die Mutter ihren Vater und 3 Söhne und einige vollbürtige Geschwister, so wird die Erbschaft den Söhnen deferirt, also jeder Sohn zu $^1/_3$ berufen; erwirbt aber einer von ihnen seine Portion nicht, so wächst sie den beiden anderen an: jeder bekommt $^1/_2$; die folgende Klasse, also Vater und Geschwister bleiben ausgeschlossen[6]. Aber

---

[2] Nov. 118 cap. 1 i. Anf., cap. 3 1; Arndts l. c. Anm. 1 u. 3; Windscheid Pand. § 573 Note 4. — Ebenso ist es auch in der ersten Klasse, was mit Unrecht bestritten ist. Ob es vor der Nov. 118 so war, ob Justinian in der Klasse unde liberi eine solche Succession einführte, ist zweifelhaft; aber unzweifelhaft geht Justinian in Nov. 118 von einer successio graduum aus. Nov. 118 cap. 1 init., cap. 2 init., cap. 3 init. und § 1. Arndts l. c. Anm. 2.

[3] Hierüber s. unten Nr. 3 b.

[4] Nov. 118 cap. 2 init., cap. 3 init. und § 1.

[5] Vgl. unten § 301.

[6] Wenn der Fall ein solcher ist, bei welchem in stirpes oder in lineas getheilt wird, und ein Erbe wegfällt, der mit anderen auf einer und derselben stirps oder Linie be-

b. sehr bestritten ist die Frage, ob (wie sie von Vielen ausgedrückt wird) das Anwachsungsrecht auch der successio graduum vorgeht; z. B. die N. stirbt und hinterläßt 3 Söhne A., B., C. und aus dem Sohne C. eine Enkelin D.; ihre Erbschaft wird hier ihren 3 Söhnen jedem zu $^1/_3$ deferirt, C. aber schlägt aus; hier fragt es sich, geht in Betreff der Portion des C. das Anwachsungsrecht vor, d. h. wächst die Portion des C. dem A. und B. an, so daß jeder $^1/_2$ bekommt und die Enkelin D. Nichts erhält, also keine successio graduum eintritt; oder geht die successio graduum vor, d. h. kommt nun die Portion des C. an seine Tochter D., weil sie von der Erbschaft nur durch ihren Vater C. ausgeschlossen war, dieser aber weggefallen ist, und wenn ihrem Vater die Erbschaft gar nicht deferirt worden (er z. B. vor der N. gestorben) wäre, sie mit A. und B. geerbt und eine Stammportion, also $^1/_3$ bekommen haben würde? Die Novelle 118 entscheidet diese Frage nicht. Im Zweifel aber wird man hier wohl für das Billigere und Mildere sich entscheiden müssen, also der successio graduum den Vorzug zu geben haben, was wohl auch dem Sinne Justinians, wenn er an den Fall gedacht hätte, entsprechen würde [7].

4) Noch ist wohl zu beachten, daß das Transmissionsrecht [8] der successio graduum und ordinum und dem Anwachsungsrecht vorgeht. Wenn nämlich einem Intestaterben die Erbschaft deferirt ist, und er stirbt, ehe er sie erworben hat, aber unter Umständen, unter welchen er [9] sein Antretungsrecht auf seine Erben transmittiren kann (z. B. innerhalb des ersten Jahres von der Delation an): so können nun seine (Testament- oder Intestat-) Erben in seine Stelle eintreten und für sich die ihm deferirte Erbschaft erwerben.

---

rufen war, dann accrescirt seine Portion natürlich nur seinen Stammesgenossen, weil sie ja bloß ein Theil der auf diese stirps oder Linie nothwendig fallenden Portion ist, z. B. die Mutter hinterläßt einen Sohn und aus einer verstorbenen Tochter zwei Enkel; hier wird die Erbschaft deferirt dem Sohn zu $^1/_2$, den beiden Enkeln eine Stammesportion, also miteinander $^1/_2$, jedem $^1/_4$; fällt einer der Enkel aus, so fällt sein $^1/_4$ an seinen Bruder. D. de bon. poss. c. t. 37, 4 cat. 12 pr.; de succ. ed. 38, 9 l. 1 § 10.

[7] S. besonders Windscheid Pand. § 573 Note 5. — Anderer Ansicht ist Arndts § 518 Anm. 2. — Der Wegfallende ist überhaupt so zu behandeln, als ob er von Anfang an nicht existirt hätte. Vgl. Fitting im Archiv für civilistische Praxis Bd. LVII S. 149 f.

[8] S. unten § 299. [9] Nach unten § 299.

Die Theilung bei der Erbfolge der Verwandten.

§ 279.

(Arndts § 479.)

Wichtig (aber ſehr beſtritten) iſt hier[1] der Grundſatz, daß die Theilungsart der Miterben ſich nach dem Zeitpunkt der Delation (nicht der Erwerbung) beſtimmt. Wenn nämlich nach den Verhältniſſen zur Zeit der Delation der Erbſchaft eine beſtimmte Theilungsart begründet iſt, ſo hat nun jeder Berufene durch die Delation ein Recht auf dieſe Theilungsart erworben; es muß daher bei ihr bleiben, wenn auch ſpäter ein ſolcher Miterbe wegfällt, ohne welchen, wenn er von Anfang an nicht dageweſen wäre, eine andere Theilungsart eingetreten ſein würde; z. B. ich hinterlaſſe einen vollbürtigen Bruder N. und aus einem verſtorbenen vollbürtigen Bruder einen Neffen O. und aus einer verſtorbenen vollbürtigen Schweſter 4 Nichten; hier wird allen Dieſen meine Erbſchaft deferirt und zwar ſo, daß ſie in stirpes theilen würden; es wird alſo deferirt dem N. $^1/_3$, dem O. $^1/_3$ und den 4 Nichten mit einander $^1/_3$; wenn aber N. die Erbſchaft ausſchlägt oder vor der Antretung ſtirbt: ſo wächſt nun ſeine Portion dem Neffen O. und den 4 Nichten an; aber ſie theilen ſie nun nicht in capita (ſo daß Jedes $^1/_5$ bekommen würde), wie ſie getheilt haben würden, wenn N. vor der Delation geſtorben wäre; ſondern es bleibt bei der Theilung in stirpes, weil dieſe durch die Delation begründet war. Es bekommt alſo O. $^1/_2$ und die 4 Nichten mit einander $^1/_2$[2].

C. Ordentliche Inteſtaterbfolge der Ehegatten.

§ 280.

(Arndts § 480.)

Wenn ein Ehegatte ſtirbt, ſo wird ſein überlebender Gatte zur Erbſchaft berufen, aber nur, wenn der Erblaſſer gar keine erbberech-

[1] Im Übrigen ſ. über die Theilung oben § 277. — Über Das, was Arndts l. c. bei Anm. 2 berührt (mehrfache Verwandtſchaft), ſ. oben § 277 Nr. V und über Arndts l. c. Anm. 5 ſ. oben § 255 Nr. III 1 a. E. und 2 a. E.

[2] S. die bei Arndts l. c. in Anm. 3 a. E. Angeführten. Auch Baumeiſter Anwachſungsrecht S. 57 ff. und meine Recenſion in den Heidelberger Jahrbüchern von 1824, S. 559. 560. — Noch iſt zu Dem, was Arndts l. c. bei Anm. 4 ſagt, zu bemerken, daß es einen Fall, in welchem bei der Inteſtaterbfolge es auf den Urſprung der Güter ankommen würde, gar nicht giebt. Denn der Fall, den Arndts in Anm. 4 meint, gehört gar nicht hierher; er gehört nicht zur Inteſtaterbfolge und bezieht ſich auf die lucra prioris matrimonii bei einem coniux binubus.

tigte Verwandte hinterließ oder dieſe nicht zur Erbſchaft gelangen[1]. Indeß kommt dieſes Inteſtaterbrecht der Gatten beinahe nie zur Anwendung, weil die meiſten deutſchen Partikularrechte dem überlebenden Gatten ein weit beſſeres Inteſtaterbrecht neben allen Verwandten einräumen[2].

D. Die ſogenannte außerordentliche Inteſtaterbfolge.

§ 281.

(Arndts §§ 481. 482.)

Hierher[1] gehören folgende Fälle:

I. Das Erbrecht der armen Wittwe. Außer dem ordentlichen Inteſtaterbrecht, welches jeder Ehegatte als Gatte hat, gab Juſtinian der überlebenden Ehefrau[2] ein beſſeres Erbrecht an den Mann[3]; aber nur unter gewiſſen Vorausſetzungen.

Dasſelbe kommt ihr nur zu, wenn ſie inops et indotata iſt, d. h. wohl, wenn ſie nicht aus eigenen Einkünften ſtandesmäßig leben kann[4]. Auch iſt ſie auf eine beſtimmte Portion beſchränkt; aber in dieſer Beſchränkung erbt ſie neben allen Verwandten als Miterbin. Sie erbt nämlich ein Viertheil des geſammten Nachlaſſes[5]. Wenn aber ihr Mann (in der erſten Klaſſe) von Deſcendenten beerbt wird und mehr als 3 Deſcendenten erben, ſo bekommt ſie bloß einen Kopftheil (alſo bei 4 Kindern des Mannes: $^1/_5$). Erben Enkelſtämme mit, ſo iſt jeder Stamm für einen Kopf zu rechnen, ſollten auch noch ſo viele Enkel auf dem Stamme ſtehen.

---

[1] Cod. unde vir et ux. 6, 18 cst. un. Vgl. oben § 271 Lit. D Nr. II a. E. — Dieſes Erbrecht gründet ſich, wie ſchon oben ausgeführt wurde, auf das prätoriſche Edikt, wurde aber auch in der juſtinianiſchen Geſetzgebung beibehalten.

Die Ehe muß natürlich bis an den Tod des Erblaſſers gedauert haben.

[2] Vgl. auch unten § 281 Nr. I.

[1] Vgl. oben § 275.

[2] Vgl. Arndts § 481 Anm. 1. — In Nov. 53 cap. 6 auch dem Ehemann, aber in Nov. 117 cap. 5 entzog er es ihm und ließ es bloß der Frau.

[3] Nov. 117 cap. 5. — Sie darf ſich aber nicht vor des Mannes Tod faktiſch von ihm getrennt haben. Vgl. Windſcheid Pand. § 574 Note 4.

[4] Viele meinen, ihr Erbrecht falle weg, wenn ſie irgend dotata ſei, ſie auch nur eine dos minima habe; allein dies iſt wohl nicht die Meinung des Geſetzes. Dieſe geht wohl dahin: das Erbrecht finde auch ſtatt, wenn ſie zwar eine dos hat, bei der ſie aber doch noch inops iſt.

[5] Nur darf ihr Erbtheil nicht über 100 Pfd. Gold betragen; wenn das $^1/_4$ mehr beträgt, ſo bekommt ſie doch nur jenen Betrag.

Sind die Kinder ſolche aus ihrer Ehe mit dem Mann, alſo ihre eigenen, ſo behält ſie an Dem, was ſie vom Manne erbt, bloß den Nießbrauch, an ihre Kinder fällt das Eigenthum[6].

II. Das Erbrecht *unehelicher Kinder* an ihren Vater (auf $^1/_6$), wenn er keine *ehelichen* Deſcendenten und keine Frau hinterließ, und das gleiche Erbrecht des Vaters an die Kinder[7] führte Juſtinian bloß bei erlaubtem Konkubinat ein[8].

III. Wenn keine erbfähigen Verwandte und auch nicht ein Ehegatte des Erblaſſers vorhanden ſind, oder ſie nicht zur Erbſchaft gelangen, ſo nennt man den Nachlaß: *herrenloſes* Gut (*bona vacantia*). Allein eigentlich herrenlos wird er nicht. Denn es wird dann in der Regel der *Fiskus* des Staats, dem der Erblaſſer angehörte, zur Erbſchaft berufen und er kann ſie antreten und tritt dann in alle Rechte und Pflichten eines Erben ein[9].

Dem Fiskus gehen aber nach römiſchem Recht noch gewiſſe *Korporationen* vor[10]. Zu dieſen Korporationen gehören bei uns nur das *Regiment*, in welchem der Verſtorbene als Soldat geſtanden, und die *Kirche* in Beziehung auf Geiſtliche[11].

---

[6] Nov. 117 cap. 5. Vgl. *Arndts* § 481 und § 606. — Übrigens gilt auch für dieſes Erbrecht der armen Wittwe die Schlußbemerkung in (oben) § 280. Deßhalb ſind hier die Kontroverſen zu übergehen, die über den Sinn der Nov. 117 cap. 5 beſtehen.

[7] S. *Arndts* § 482.

[8] Darüber aber, daß es bei uns nicht gilt und nach deutſchem Gewohnheitsrecht weder die unehelichen Kinder an den Vater, noch dieſer an ſie ein Inteſtaterbrecht habe, ſ. oben § 258 Nr. II a. E.

[9] *Arndts* § 608. — Nicht, wie Manche glauben, als *Occupant*, ſondern an Erbesſtatt, vgl. *Windſcheid* Pand. § 622. — Nur haftet er für die Schulden und Vermächtniſſe bloß in ſo weit, als der Nachlaß reicht.

[10] S. *Arndts* § 609 Note a.

[11] S. *Arndts* § 609 Nr. 1. 2. Denn die daſelbſt unter Nr. 3 und 4 angeführten Fälle (Armenanſtalten, Univerſitäten) ſind in den Geſetzen nicht begründet; auch läßt ſich für ſie nicht ein Gewohnheitsrecht nachweiſen.

Endlich iſt noch zu beachten der bei *Arndts* § 609 a. E. angeführte Fall einer *mortis causa capio* (*socius liberalitatis principis*) und der daſelbſt § 482 Anm. 5 unter Lit. b angeführte *Indignitätsfall* (ſ. *Arndts* § 520 Anm. 2 Nr. 2 Lit. e; wenn die geſetzlichen Erben eines *Blödſinnigen*, trotz der Aufforderung, ihn zu verpflegen, es nicht thun, aber ein Dritter ſich der Pflege unterzog, zu Gunſten des Letzteren).

Drittes Kapitel. Die Berufung zur Erbſchaft durch Teſtament. Teſtamentserbfolge.

Begriff des Teſtaments und ſein möglicher und weſentlicher Inhalt.

§ 282.

(Arndts § 483.)

Letzter Wille überhaupt iſt jede einſeitige (bis an den Tod widerrufliche) Verfügung, die Jemand auf den Fall ſeines Todes trifft.

Den Hauptinhalt eines letzten Willens bilden: die Ernennung von Erben und die Ertheilung von Vermächtniſſen. Dabei kann ſich der Inhalt auch noch auf manches Andere erſtrecken, z. B. Ernennung von Vormündern für die Kinder, Beſtimmungen über das Begräbnis des Erblaſſers, über Vollziehung ſeines letzten Willens u. dgl. — Aber nicht alle dieſe Verfügungen ſind in jedem letzten Willen möglich. Das gemeine Recht unterſcheidet nämlich zwei Arten letzter Willen nach der Verſchiedenheit der Form ihrer Errichtung und ihres möglichen Inhalts: Teſtament und Codicill.

1) Das Teſtament iſt ein ſolcher letzter Wille, in welchem allein Erben ernannt werden können, aber auch wenigſtens Ein Erbe wirkſam ernannt werden muß.

In einem Teſtament können alle vorhin (im Eingange) angeführten Verfügungen getroffen werden. Aber nur in einem Teſtament kann ein Erbe ernannt werden und zur Gültigkeit eines Teſtaments wird erfordert, daß wenigſtens ein Erbe aus ihm zur Erbſchaft gelangt[1]. Auch kann nur in einem Teſtament ein Notherbe gültig enterbt werden.

Die Form, welche zu einem Teſtament erfordert wird, iſt daher in der Regel eine umſtändlichere[2].

2) Der Codicill[3] iſt ein minder ſolenner letzter Wille, in welchem weder Erben ernannt, noch Notherben gültig ausgeſchloſſen,

---

[1] Wenn keiner der ernannten Erben des Teſtaments Erbe wird, ſo fällt es zuſammen; alſo ein Teſtament ohne Erbeseinſetzung iſt nicht zuläſſig und auch eine Erbeseinſetzung ohne Teſtament iſt nicht zuläſſig.

[2] Testamentum, von Anrufen der Zeugen, testari.

[3] Codicillus, in der Regel Plural: codicilli.

wohl aber andere Verfügungen (der im Eingang bemerkten Art), namentlich Singular- und Univerſal-*Vermächtniſſe*, errichtet werden können[4].

Wer in einem letzten Willen zur Erbſchaft oder zu Vermächtniſſen berufen wird, heißt im Allgemeinen ein *Honorirter* (honoratus).

Zu einem gültigen Teſtamente wird erfordert, daß der Erblaſſer *fähig* iſt, ein Teſtament zu errichten[5]; daß er bei der Errichtung die nothwendige (Teſtaments-)*Form* beobachtet[6], und daß das Teſtament eine gültige *Erbesernennung* enthält[7].

Bei der *Auslegung* eines letzten Willens[8] iſt es Hauptgeſichtspunkt, daß er als ein einſeitiges bloß vom Erblaſſer ausgehendes und lediglich durch ſeinen Willen beſtimmtes Rechtsgeſchäft ganz im Sinne des Erblaſſers und zwar ſo auszulegen iſt, daß im Zweifel der Sinn vorgezogen wird, durch den die Dispoſition des Erblaſſers als gültig aufrecht erhalten wird[9]. Daraus folgt auch, daß im Zweifel der zu Gunſten des *Honorirten*, nicht der für den *Onerirten* ſprechende Sinn zu befolgen iſt[10]. Nur tritt hier *eine* Begünſtigung des Onerirten auf Koſten des Honorirten ein. Wenn nämlich der Erblaſſer einen Gegenſtand Jemandem vermachte, er hat aber mehrere Gegenſtände derſelben Kategorie, ſo daß man nicht weiß, *welchen* er meinte (z. B. „A. ſoll mein Pferd haben"), ſo hat der Erbe die Wahl, welchen derſelben er dem Vermächtnisnehmer leiſten will[11]. Hieraus folgt, daß, wenn der eine Gegenſtand mehr, der andere weniger werth iſt, oder wenn der Erblaſſer Jemandem mehrere Vermächtniſſe ertheilte, er aber im Teſtament oder in einem ſpäteren Codicill ſagt, der Vermächtnisnehmer ſolle nur Eines davon bekommen (aber nicht: welches): in ſolchen Fällen der Erbe bloß das Geringere zu leiſten gezwungen werden kann (wenn er nicht freiwillig das werthvollere leiſtet[12]).

[4] Das Nähere über die Codicille gehört daher in die Lehre von den Vermächtniſſen, ſ. unten § 311 ff.

[5] S. unten § 283. [6] S. unten §§ 284—286.

[7] S. unten § 287.

[8] Über die Auslegung letzter Willen entſcheiden die allgemeinen, oben § 81 Nr. I (Th. I S. 404) erwähnten Grundſätze. Außerdem enthalten die Geſetze über letzte Willen für einzelne Punkte noch eine Menge Auslegungsregeln, welche bei den Punkten, wo ſie eingreifen, anzuführen ſind.

[9] D. de reb. dub. 34, 5 l. 24.

[10] D. l. c. l. 13 pr.; de legat. I (30) l. 17, l. 34 § 3.

[11] D. de legat. I (30) l. 32 § 1, l. 37 § 1.

[12] D. l. c. (de legat. I) l. 14 § 1, l. 39 § 6.

Hat der Erblasser Etwas sagen wollen, aber in der That es gar nicht gesagt, so gilt natürlich nicht Das, was er bloß sagen wollte; z. B. wenn der Erblasser sich verschreibt und statt des A., den er zum Erben ernennen wollte, den B. ernennt, und dies erwiesen werden kann: so bekommt Keiner Etwas: B. nicht, weil der Erblasser ihn nicht ernennen wollte, A. Nichts, weil er ihn gar nicht ernannte[13].

Nur wenn der Erblasser sich in der Summe verschrieben hat, gilt die Summe, welche er schreiben wollte, wenn dies bewiesen werden kann[14].

Eine Anordnung, deren Sinn nicht ermittelt werden kann, gilt natürlich pro non scripta[15].

Die Fähigkeit zur Testamentserrichtung (testamenti factio).

§ 283.

(Arndts § 484.)

Der Ausdruck testamenti factio bedeutet die Fähigkeit, ein Testament zu errichten, welche wir durch testamenti factio activa bezeichnen; aber nicht bloß diese Fähigkeit, sondern auch die Fähigkeit, von Jemandem zum Erben ernannt oder mit einem Vermächtnis bedacht zu werden[1], welche wir durch testamenti factio passiva bezeichnen[2].

Testamenti factio activa hat in der Regel Jeder, ausgenommen Folgende:

1) aus natürlichen Gründen

a. alle Willensunfähigen, z. B. Geisteskranke, Kinder unter 7 Jahren[3];

b. Unmündige (impuberes), auch wenn sie infantia maiores sind[4]; dagegen kann ein pubes minor gültig testiren, und zwar ohne alle Konkurrenz seines Vormunds oder Hausvaters[5].

---

[13] D. de hered. inst. 28, 5 l. 9 pr. § 1.
[14] D. l. c. l. 9 § 2—4. Wangerow Pand. II 107.
[15] D. l. c. l. 62 § 1; de R. I. 50, 17 l. 73 § 3.
[1] Vgl. Arndts § 492. [2] Vgl. Arndts § 484 Anm. 1.
[3] Arndts l. c. Nr. 6; s. auch oben § 266.
[4] Vgl. oben § 266 Nr. III 3.
[5] I. quib. non est permiss. 2, 12 § 1; Cod. qui test. fac. poss. 6, 22 cst. 4.

c. Wer seinen Willen nicht auf gehörig erkennbare Weise durch Worte (mündlich oder schriftlich) erklären kann, also wer weder sprechen noch schreiben kann[6]. Ein Taubstummer daher, der schreiben kann, darf testiren[7]. Er darf es selbst dann, wenn er als Taubstummer geboren ist[8].

2) Aus besonderen juristischen Gründen:

a. ein gerichtlich für einen Verschwender Erklärter[9];

b. Hauskinder haben nur Testirfähigkeit für ihre peculia militaria. Sie können aber nicht testiren über ihr profectitium, weil es ihnen gar nicht gehört; auch nicht über ihr adventitium, weil ihnen die Gesetze das Recht dazu inkonsequenterweise verweigern[10]. Ob sie aber nicht nach kanonischem Recht über ihr adventitium zu Gunsten einer pia causa mit Genehmigung des Hausvaters testiren können, ist sehr bestritten[11].

Außer diesen Fällen giebt es bei uns gemeinrechtlich keinen Fall der Testirunfähigkeit. Zwar gab es deren nach römischem Recht noch eine große Zahl; aber diese Fälle sind bei uns unpraktisch[12].

---

[6] Vgl. Arndts l. c. Note r. [7] Cod. l. c. cst. 10.

[8] Zwar nicht nach der cst. 10 cit., weil Justinian nicht wußte, daß ein Solcher schreiben lernen kann, wohl aber nach der Reichs-Notar.-Ordn. von 1512 Titel von Testamenten § 4, welche von Arndts l. c. Anm. 4 übersehen wurde.

[9] So lange er unter Vormundschaft steht. Arndts l. c. Note 1 und oben § 266.

[10] Arndts l. c. Note k.

[11] Vgl. Arndts l. c. Anm. 3. Allein die dort angeführte Stelle des Corp. Iur. Canon. ist wohl bloß auf mortis causa donationes zu beziehen; vgl. Bangerow Pand. § 428 Nr. II. Indessen ist in den meisten deutschen Staaten diese Kontroverse unpraktisch, da die meisten Partikularrechte den Hauskindern das Recht geben, über ihr adventitium zu testiren.

[12] S. meine bei Arndts l. c. Anm. 2 angeführte Abhandlung (Archiv für civilistische Praxis Bd. XVII). — Es konnte nach römischem Recht nur ein römischer Staatsbürger testiren, also ein peregrinus nicht; bei uns aber ist jeder Fremde testirfähig. Es konnte ferner ein zu einer Kapitalstrafe Verurtheilter nicht testiren; wir haben aber keine Strafe, die eine capitis deminutio maxima oder media zur Folge hätte. Es kann daher bei uns z. B. ein zum Tode Verurtheilter ganz wohl testiren (s. meine angeführte Abhandlung). Auch ist unrichtig, was Arndts l. c. unter Nr. 1 und 2 sagt. Denn ein wegen Pasquills Verurtheilter (der nach römischem Recht nicht testiren konnte), ist schon nach dem ehemaligen gemeinen Recht testirfähig, weil dasselbe nicht mehr auf das Pasquill die Strafe der Intestabilität setzt. Ganz unzweifelhaft aber ist er es nach unserem jetzigen gemeinen Strafrecht. — Auffallend ist ferner, daß Viele (auch Arndts l. c. unter Nr. 2) sagen, notorische Zinswucherer seien testirunfähig; denn »usurarius manifestus« bedeutet im kanonischen Recht Jeden, der aus einem Kapital irgend Zinsen nimmt, seien es auch die geringsten, und diesen strafte es u. A. mit Testirunfähigkeit. Allein nach deutschem Recht ist das Zinsennehmen ganz erlaubt und auf den Zinswucher setzte das ehemalige gemeine deutsche Recht nirgends Testirunfähigkeit. Überhaupt aber giebt es nach unserem jetzigen gemeinen Recht nicht mehr eine Strafe für Zinswucher.

Die Teſtamentsformen*.

Das gemeine Privatteſtament.

§ 284.

(Arndts §§ 485. 486.)

Zum gemeinen Privatteſtament wird folgende Form erfordert[1]: der Teſtirende muß ſieben männliche, mündige (d. h. über 14 Jahre alte), fähige, freiwillig anweſende Solennitätszeugen[2] haben, welche er ſpeciell aufzufordern hat, bei ſeinem Teſtament Zeugen zu ſein (specialiter rogati). Hierauf muß er ihnen entweder

I. mündlich ſeinen Willen in ununterbrochenem Akte (ſ. Nr. 4) eröffnen (testamentum nuncupativum, mündliches Teſtament) oder

II. den geſchriebenen letzten Willen (ſ. Nr. 2) ihnen vorlegen mit der Erklärung, es ſei dies ſein letzter Wille, und vor ihnen, wenn er ihn nicht ganz geſchrieben hat (ſ. Nr. 2 a. E.), ihn unterſchreiben oder, wenn er nicht ſchreiben kann oder (was die Notariatsordnung § 7 beifügt) nicht unterſchreiben will, durch einen achten Zeugen[3] unterſchreiben laſſen. Sodann muß das Teſtament auch von den Zeugen unterſchrieben und ſignirt werden (ſ. Nr. 3) und alles Dieſes muß in einem ununterbrochenen Akt geſchehen (ſ. Nr. 4).

Dabei iſt aber noch zu bemerken:

1) Die Zeugen müſſen fähig ſein[4]. Viele behaupten, ein

---

* Über die Formen des älteren römiſchen Rechts ſ. I. de test. ord. 2, 10 § 1—3 und die Rechtsgeſchichte; vgl. auch oben § 271 Lit. C. a. E. — Man muß nach den Formen des neueſten und bei uns praktiſchen römiſchen Rechts unterſcheiden:

1) Privatteſtamente (testamenta privata) und zwar

a. gemeine (ſolenne, regelmäßige) Privatteſtamentsformen, d. h. ſolche Privatteſtamentsformen, deren ſich im Zweifel jeder Teſtirer bedienen kann (§ 284); und

b. beſondere Privatteſtamentsformen für gewiſſe Fälle, ſog. außerordentliche Formen (§ 285);

2) Öffentliche Teſtamente (testamenta publica), Errichtung vor einer öffentlichen Behörde (§ 286).

[1] Die Beſtimmungen des neueſten römiſchen Rechts ſind hauptſächlich enthalten in Cod. de testam. et quemadm. testamenta ordinentur 6, 23 cst. 21. 26. 28 und I. de test. ord. 2, 10 § 3, 5 ff. (Über den § 4 eod. ſ. Arndts § 485 Anm. 4.) Dazu kommt noch die Notariatsordnung von 1512, Titel von den Teſtamenten (die ſich meiſt an das römiſche Recht anſchließt, aber bei Differenzen entſcheidend iſt).

[2] Ihr Zeugnis iſt nicht bloß Beglaubigung, ſondern auch noch Sache der Form; deßhalb wird die freiwillige Anweſenheit erfordert.

[3] Octavus subscriptor; deßhalb iſt Streit, ob derſelbe Zeugenqualität haben müſſe, wobei man überſieht, daß die Notariatsordnung einen achten „Zeugen" verlangt.

[4] Über die Frage, wer bei einem Teſtament nicht Zeuge ſein kann, ſ. Arndts § 486 Nr. 1—4.

Infamer, Manche ſogar: Jeder, der keinen guten Ruf habe, ſei ein unfähiger Teſtamentszeuge[5]. Allein dies iſt entſchieden unrichtig[6]. Aber nach unſerem jetzigen Strafrecht iſt Derjenige, dem die bürgerlichen Ehrenrechte auf Zeit aberkannt ſind, während dieſer Zeit ein unfähiger Zeuge[7].

2) Beim ſchriftlichen Teſtament gehört zum Teſtirakt, bei dem die Zeugen gegenwärtig ſein müſſen, außer der rogatio testium bloß das unter Nr. II Angeführte, aber nicht das Niederſchreiben des Teſtaments. Dieſes kann der Erblaſſer vornehmen, wann und wie er will; er kann es ſelbſt thun oder durch einen Andern (testamentarius) thun laſſen; auch kann natürlich Derjenige, durch den er ſein Teſtament ſchreiben läßt, gar wohl als Zeuge zum Teſtament zugezogen werden[8]. Hat der Teſtirer das Teſtament ſelbſt ganz geſchrieben (testamentum holographum) und im Teſtament beigeſetzt, daß er dies gethan habe, ſo braucht er es nicht zu unterſchreiben[9]. — Die Beifügung des Datums wird zum ſchriftlichen Teſtament nicht erfordert[10].

3) Die Zeugen müſſen das ſchriftliche Teſtament »subscribere et signare«. Bei den Römern hieß dies: unterſchreiben und zuſiegeln (verſiegeln), wobei dann gewöhnlich die Zeugen auch noch einmal außen neben das Siegel ihre Namen ſetzten. In Deutſchland dagegen behandelt man ſtets bei Urkunden das Siegel nicht als Mittel des Verſchließens, ſondern als Beglaubigung der Unterſchrift. Deßhalb drückt man das Siegel der Unterſchrift bei und ſo verſteht man daher bei uns unter subscribere et signare: den Namen hinſchreiben und das Siegel beidrücken, ſei es im Teſtament oder außen[11]. Zum Siegeln kann ein beliebiges Siegel gebraucht werden; auch können alle Zeugen ſich desſelben Siegels bedienen[12].

---

[5] Unter Berufung auf Nov. 90 cap. 1.

[6] Denn die Nov. 90 enthält gar nicht eine rechtliche Vorſchrift, ſondern nur einen guten Rath. Savigny Syſt. II S. 222.

[7] Reichs-Strafgeſetzbuch § 34 Nr. 5. — Arndts l. c. führt noch bei Note 8 als unfähige Zeugen intestabiles an. Allein eine Inteſtabilität im römiſchen Sinn kennt unſer heutiges Recht nicht, vgl. oben § 283 Anm. 12.

[8] Cod. h. t. (6, 23) cst. 21 pr. § 2. Arndts § 486 Anm. 1.

[9] Arndts § 485 Note g.

[10] Außer beim ſchriftlichen Teſtamente parentis inter liberos. Aber gut iſt es, ſie nicht zu unterlaſſen.

[11] Damit ſtimmt auch die Notariatsordnung von 1512 § 7 überein.

[12] I. h. t. 2, 10 § 5. Notariatsordnung von 1512 § 10.

Die Teſtamentsformen*.

Das gemeine Privatteſtament.

§ 284.

(Arndts §§ 485. 486.)

Zum gemeinen Privatteſtament wird folgende Form erfordert[1]: der Teſtirende muß ſieben männliche, mündige (d. h. über 14 Jahre alte), fähige, freiwillig anweſende Solennitätszeugen[2] haben, welche er ſpeciell aufzufordern hat, bei ſeinem Teſtament Zeugen zu ſein (specialiter rogati). Hierauf muß er ihnen entweder

I. mündlich ſeinen Willen in ununterbrochenem Akte (ſ. Nr. 4) eröffnen (testamentum nuncupativum, mündliches Teſtament) oder

II. den geſchriebenen letzten Willen (ſ. Nr. 2) ihnen vorlegen mit der Erklärung, es ſei dies ſein letzter Wille, und vor ihnen, wenn er ihn nicht ganz geſchrieben hat (ſ. Nr. 2 a. E.), ihn unterſchreiben oder, wenn er nicht ſchreiben kann oder (was die Notariatsordnung § 7 beifügt) nicht unterſchreiben will, durch einen achten Zeugen[3] unterſchreiben laſſen. Sodann muß das Teſtament auch von den Zeugen unterſchrieben und ſignirt werden (ſ. Nr. 3) und alles Dieſes muß in einem ununterbrochenen Akt geſchehen (ſ. Nr. 4).

Dabei iſt aber noch zu bemerken:

1) Die Zeugen müſſen fähig ſein[4]. Viele behaupten, ein

---

* Über die Formen des älteren römiſchen Rechts ſ. I. de test. ord. 2, 10 § 1—3 und die Rechtsgeſchichte; vgl. auch oben § 271 Lit. C. a. E. — Man muß nach den Formen des neueſten und bei uns praktiſchen römiſchen Rechts unterſcheiden:

1) Privatteſtamente (testamenta privata) und zwar

a. gemeine (ſolenne, regelmäßige) Privatteſtamentsformen, d. h. ſolche Privatteſtamentsformen, deren ſich im Zweifel jeder Teſtirer bedienen kann (§ 284); und

b. beſondere Privatteſtamentsformen für gewiſſe Fälle, ſog. außerordentliche Formen (§ 285);

2) Öffentliche Teſtamente (testamenta publica), Errichtung vor einer öffentlichen Behörde (§ 286).

[1] Die Beſtimmungen des neueſten römiſchen Rechts ſind hauptſächlich enthalten in Cod. de testam. et quemadm. testamenta ordinentur 6, 23 cst. 21. 26. 28 und I. de test. ord. 2, 10 § 3, 5 ff. (Über den § 4 eod. ſ. Arndts § 485 Anm. 4.) Dazu kommt noch die Notariatsordnung von 1512, Titel von den Teſtamenten (die ſich meiſt an das römiſche Recht anſchließt, aber bei Differenzen entſcheidend iſt).

[2] Ihr Zeugnis iſt nicht bloß Beglaubigung, ſondern auch noch Sache der Form; deßhalb wird die freiwillige Anweſenheit erfordert.

[3] Octavus subscriptor; deßhalb iſt Streit, ob derſelbe Zeugenqualität haben müſſe, wobei man überſieht, daß die Notariatsordnung einen achten „Zeugen" verlangt.

[4] Über die Frage, wer bei einem Teſtament nicht Zeuge ſein kann, ſ. Arndts § 486 Nr. 1—4.

Infamer, Manche ſogar: Jeder, der keinen guten Ruf habe, ſei ein unfähiger Teſtamentszeuge[5]. Allein dies iſt entſchieden unrichtig[6]. Aber nach unſerem jetzigen Strafrecht iſt Derjenige, dem die bürgerlichen Ehrenrechte auf Zeit aberkannt ſind, während dieſer Zeit ein unfähiger Zeuge[7].

2) Beim ſchriftlichen Teſtament gehört zum Teſtirakt, bei dem die Zeugen gegenwärtig ſein müſſen, außer der rogatio testium bloß das unter Nr. II Angeführte, aber nicht das Niederſchreiben des Teſtaments. Dieſes kann der Erblaſſer vornehmen, wann und wie er will; er kann es ſelbſt thun oder durch einen Andern (testamentarius) thun laſſen; auch kann natürlich Derjenige, durch den er ſein Teſtament ſchreiben läßt, gar wohl als Zeuge zum Teſtament zugezogen werden[8]. Hat der Teſtirer das Teſtament ſelbſt ganz geſchrieben (testamentum holographum) und im Teſtament beigeſetzt, daß er dies gethan habe, ſo braucht er es nicht zu unterſchreiben[9]. — Die Beifügung des Datums wird zum ſchriftlichen Teſtament nicht erfordert[10].

3) Die Zeugen müſſen das ſchriftliche Teſtament »subscribere et signare«. Bei den Römern hieß dies: unterſchreiben und zuſiegeln (verſiegeln), wobei dann gewöhnlich die Zeugen auch noch einmal außen neben das Siegel ihre Namen ſetzten. In Deutſchland dagegen behandelt man ſtets bei Urkunden das Siegel nicht als Mittel des Verſchließens, ſondern als Beglaubigung der Unterſchrift. Deßhalb drückt man das Siegel der Unterſchrift bei und ſo verſteht man daher bei uns unter subscribere et signare: den Namen hinſchreiben und das Siegel beidrücken, ſei es im Teſtament oder außen[11]. Zum Siegeln kann ein beliebiges Siegel gebraucht werden; auch können alle Zeugen ſich desſelben Siegels bedienen[12].

---

[5] Unter Berufung auf Nov. 90 cap. 1.

[6] Denn die Nov. 90 enthält gar nicht eine rechtliche Vorſchrift, ſondern nur einen guten Rath. Savigny Syſt. II S. 222.

[7] Reichs-Strafgeſetzbuch § 34 Nr. 5. — Arndts l. c. führt noch bei Note 8 als unfähige Zeugen intestabiles an. Allein eine Inteſtabilität im römiſchen Sinn kennt unſer heutiges Recht nicht, vgl. oben § 283 Anm. 12.

[8] Cod. h. t. (6, 23) cst. 21 pr. § 2. Arndts § 486 Anm. 1.

[9] Arndts § 485 Note g.

[10] Außer beim ſchriftlichen Teſtamente parentis inter liberos. Aber gut iſt es, ſie nicht zu unterlaſſen.

[11] Damit ſtimmt auch die Notariatsordnung von 1512 § 7 überein.

[12] I. h. t. 2, 10 § 5. Notariatsordnung von 1512 § 10.

4) Bei dem ganzen Teſtirakt (alſo, wenn der Erblaſſer ſchriftlich teſtirt, bei dem unter II Geſagten) iſt unitas actus (Einheit der ganzen Handlung) nöthig; d. h. hat einmal der ſolenne Teſtirakt vor den verſammelten Zeugen nach dem Aufruf derſelben zum Zeugnis begonnen, ſo muß man in Kontinuität fortfahren bis zu ſeiner Beendigung und dabei müſſen alle Zeugen anweſend bleiben. Man darf den Akt nicht durch Handlungen, die auf den Teſtirer keinen Bezug haben, unterbrechen[13]; jedoch mit zwei Ausnahmen, nämlich

a. wenn den Erblaſſer oder einen Zeugen eine kurze Ohnmacht oder Schwäche oder die Nothwendigkeit, einen Trunk zu nehmen u. dergl., oder ein natürliches Bedürfnis ankommt, ſo kann man den Akt ausſetzen, bis Dieſes wieder in Ordnung iſt[14].

b. Wenn der Erblaſſer krank iſt und die Zeugen Anſteckung befürchten, ſo können ſie mit dem Teſtament, nachdem der Erblaſſer es ihnen mit den nöthigen Erklärungen vorgelegt und unterſchrieben hat, abtreten und geſondert vom Erblaſſer es unterſchreiben und ſiegeln[15].

Außerordentliche Privatteſtamentsformen.

§ 285.

(Arndts §§ 487—489.)

Dieſe ſind

I. Sog. privilegirte Teſtamente, d. h. Teſtamente mit geringeren Formalitäten[1]. Hier iſt zu unterſcheiden:

1) Es giebt geringere Formen, deren ſich der Erblaſſer in gewiſſen Fällen (unter gewiſſen Umſtänden oder zu gewiſſen Zwecken) in der Art bedienen kann, daß er dann die Wahl zwiſchen der geringeren Form oder der ordentlichen Teſtamentsform hat. Hieher gehören 3 Fälle:

a. das Militärteſtament (testamentum militare oder mili-

---

[13] Arndts § 485 Note d und Anm. 1. [14] Cod. h. t. 6, 23 cst. 28 pr.

[15] Dies iſt wohl der Sinn der cst. 8 Cod. h. t. (6, 23). Viele wollen aber in dieſer cst. 8 ein ganz beſonderes privilegirtes testamentum pestis tempore conditum finden (in der bei Arndts § 488 Nr. 1 angegebenen Weiſe). Allein das dort Angeführte ſagt die Stelle in der That nicht. — Über das ſog. testamentum mysticum ſ. unten § 289.

[1] Erleichternde Vorſchriften (Windſcheid Pand. § 544).

kompetente (des Wohnorts) des Erblaſſers ſei, iſt nicht nöthig. Er kann jedes beliebige Gericht zu dieſem Zwecke angehen[5].

Inhalt des Teſtaments.

Überhaupt.

§ 287.

(Arndts § 491.)

Der weſentliche Inhalt[1] eines Teſtaments beſteht darin, daß in demſelbem Jemand gültig zum Erben ernannt wird[2]. Auch muß der Erblaſſer in ſeinem Teſtamente gegen ſeine Notherben das vom Geſetz Vorgeſchriebene beobachten.

Im Übrigen iſt noch hervorzuheben[3]:

1) Über den Einfluß des Irrthums, Betrugs oder Zwangs weicht das bei letzten Willen Geltende zum Theil ab von Dem, was bei Geſchäften unter Lebenden gilt. — Ein letzter Wille entſteht durch den einſeitigen, bis an den Tod widerruflichen, Willen des Teſtirers und kommt erſt nach ſeinem Tode zur Sprache. Zeigt es ſich hier, daß ein maßgebender Irrthum oder Betrug oder Zwang ſeiner Verfügung zu Grunde lag, ſo ergiebt ſich, daß er, wenn er gehörig unterrichtet und frei geweſen wäre, die Verfügung nicht getroffen haben würde. Deßhalb iſt bei letzten Willen

a. ein Irrthum, in den Motiven zu beachten, wenn er der wirkliche Beſtimmungsgrund der Dispoſition war, d. h. es iſt die Dispoſition, wenn der Erblaſſer ſie nicht getroffen hätte, falls er den richtigen Sachverhalt gekannt hätte, anfechtbar[4].

b. Ebenſo iſt eine lediglich durch Betrug erwirkte Honorirung anfechtbar.

c. Eine durch Drohungen erzwungene letztwillige Dispo-

---

[5] Natürlich hat der Erblaſſer die Wahl, ob er ein Privatteſtament oder ein öffentliches errichten will. — Über gemeinſchaftliche Teſtamente ſ. unten § 295.

[1] Über den möglichen Inhalt eines Teſtaments überhaupt ſ. oben § 282.

[2] Über die Ernennung des Erben ſ. unten § 289.

[3] Zu näherer Beſtimmung Deſſen, was Arndts in § 491 weiter über den Inhalt des Teſtaments überhaupt ſagt.

[4] S. Arndts l. c. Anm. 1 und Note c.; z. B. irrige Vorausſetzung des Todes einer Perſon, die der Teſtirer der honorirten vorgezogen hätte; irrige Annahme der Verwandtſchaft oder Schwägerſchaft, durch die er zur Honorirung beſtimmt wurde u. dergl.

ſition iſt ungültig und nichtig[5]. Wenn daher der Erblaſſer gezwungen wird, einen letzten Willen zu errichten, ſo iſt derſelbe nichtig. Habe ich z. B. ein Teſtament gemacht, und es zwingt mich Jemand, ein anderes zu machen, ſo gilt das letztere nicht, ſondern das erſtere bleibt beſtehen, weil es durch das zweite nichtige Teſtament nicht aufgehoben werden konnte[6].

d. Wenn dagegen der Erblaſſer durch Zwang gehindert wird, etwas Beabſichtigtes vorzunehmen, z. B. ein Teſtament zu errichten, oder zu ändern, ſo kann natürlich Das nicht gelten, was er bloß thun wollte und zu thun gehindert wurde, da man Dieſes nicht ſicher weiß, oder wenn man es wüßte, es nicht in der gehörigen Form ausgeſprochen iſt. Allein Das, was der Zwingende ſich etwa dadurch ſicherte (eine Erbportion, ein Vermächtnis), wird ihm als indignus vom Fiskus entriſſen; z. B. der nächſte Inteſtaterbe verhindert mich, zu teſtiren; es kommt alſo zur Inteſtaterbfolge; allein dem Verhindernden wird ſeine Portion vom Fiskus entzogen[7].

2) Die Erbeseinſetzung muß durch den eigenen Willen des Erblaſſers beſtimmt werden, nicht durch einen fremden. Wird vom Erblaſſer die Beſtimmung, wer ſein Erbe ſein ſoll, lediglich der willkürlichen Feſtſetzung eines Dritten überlaſſen (z. B. „ich ſetze Die zu Erben ein, welche mein Freund N. will"), oder die Frage, ob der eingeſetzte Erbe wirklich Erbe werden ſoll, lediglich von dem willkürlichen Wollen eines Dritten abhängig gemacht (z. B. „A. ſoll mein Erbe ſein, wenn N. es will"), ſo iſt die ganze Einſetzung ungültig[8].

Dagegen kann indirekt eine Erbeseinſetzung von dem Willen eines Dritten gültig abhängig gemacht werden, nämlich wenn man

---

[5] Dies iſt auch die herrſchende Anſicht, aber von Einzelnen ſehr beſtritten. Manche glauben, das Erzwungene ſei ganz gültig, aber der Fiskus könne dem in der erzwungenen Dispoſition Honorirten ſeine Portion wegnehmen! Andere, wie Windſcheid (Pand. § 548) glauben, es ſei an ſich gültig, könne aber von dem durch die erzwungene Dispoſition Ausgeſchloſſenen, bei einer erzwungenen Erbeseinſetzung von den Inteſtaterben, bez. dem freiwillig Eingeſetzten, angefochten und umgeſtoßen werden. — Allein richtiger iſt es wohl, Nichtigkeit anzunehmen, wodurch auch manche Zweifel beſeitigt werden.

[6] S. Arndts l. c. Anm. 2.

[7] D. si quis aliquem testari prohibuerit ꝛc. 29, 6 l. 1 pr. § 2, l. 2 pr. § 2. — Legislativ iſt es nicht zu billigen, daß der Fiskus eintritt. — Es ſollte der nach dem Zwingenden Berufene eintreten.

[8] Arndts l. c. Note k und Anm. 5 (erſte Hälfte). Einige (auch Arndts Anm. 5) glauben, dies ſei durch das kanoniſche Recht geändert worden. Allein die betreffende Stelle des kanoniſchen Rechts bezieht ſich auf ein längſt untergegangenes Inſtitut (manufideles). Vgl. Bangerow Pand. II § 432 S. 96 ff.; Windſcheid Pand. § 547 Note 3 und beſonders § 633 Note 20.

Jemanden einſetzt unter einer Bedingung, die für einen Dritten poteſtativ iſt, z. B. „A. ſoll mein Erbe ſein, wenn N. ihm die Einwilligung zur Ehe mit ſeiner Tochter giebt“[9].

3) Wegen Mangels an der Beſtimmtheit des Willens war es nach dem älteren römiſchen Recht ungültig, wenn eine persona incerta zum Erben ernannt wurde, d. h. eine Perſon, welche

a. zur Zeit der Teſtamentserrichtung noch gar nicht als konkrete Perſon exiſtirte, wie ein postumus, d. h. hier ein zur Zeit der Teſtamentserrichtung noch nicht Geborener, oder

b. welche überhaupt erſt durch einen ſpäter ſich verwirklichenden Umſtand konkret beſtimmt werden ſoll (z. B. „mein Erbe ſoll ſein, wer nach meinem Tode Rektor der Univerſität werden wird“, oder „wer meine Tochter heirathen wird“).

Allein dies wurde bei den postumis (Lit. a) allmählich durch das Civilrecht (postumi sui) und durch das prätoriſche Edikt (postumi alieni) beſeitigt[10], ſo daß jeder postumus gültig eingeſetzt werden kann (vorausgeſetzt, daß er zur Zeit des Todes des Erblaſſers ſchon koncipirt war); und ſpäter wurden auch noch für einige Arten von personae incertae Ausnahmen gemacht[11].

Noch weiter ging aber (zu Lit. b.) Juſtinian; er erklärte in einer Konſtitution[12] die Honorirung einer persona incerta überhaupt für gültig. Zwar iſt dieſe Konſtitution verloren gegangen und erſt im 16. Jahrhundert aus griechiſchen Nachrichten reſtituirt worden, gehört daher zu den nicht gloſſirten[13]. Allein Juſtinian berichtet ihren Inhalt in den Inſtitutionen[14] und danach nimmt man an, daß die Einſetzung einer persona incerta überhaupt nach juſtinianiſchem Recht als gültig anzuſehen iſt[15].

Von ſelbſt verſteht ſich aber, daß nur eine ſolche persona incerta zum Erben eingeſetzt werden kann, von welcher ſich ſpäter zeigt, daß

---

[9] D. de hered. inst. 28, 5 l. 68; Arndts l. c. Anm. 5 und bei Note i. — Es iſt dies eine ganz zuläſſige bedingte Erbeseinſetzung; denn unzuläſſig iſt nur: in fremde Willkür direkt die Erbeseinſetzung zu ſtellen.

[10] D. de liber. et postum. 28, 2 l. 29; I. de bon. poss. 3, 9 (10) pr.; Bangerow Pand. § 468.

[11] I. de legatis 2, 20 § 25.

[12] Cod. de incert. pers. 6, 48 cet. un.

[13] Arndts l. c. Anm. 5 init.

[14] I. de legat. 2, 20 § 27.

[15] Vgl. Bangerow Pand. § 429 Anm. 3; Windſcheid Pand. § 547 Note 2; Arndts Fortſ. von Glück Bd. XLVI S. 398 f.

sie zur Zeit des Todes des Erblassers existirte, wenn auch nur als Embryo im Mutterleibe[16].

4) Ungültig ist die Einsetzung unter einer kaptatorischen Bedingung, d. h. unter der Bedingung, daß der Eingesetzte dafür auch uns oder einen bestimmten Dritten honorire, wegen des möglichen Mißbrauchs, der damit getrieben werden kann[17].

5) Die Bestimmung des senatusconsultum Libonianum[18] bezieht sich nicht auf Den, der das Koncept oder den Entwurf des letzten Willens abfaßte oder schrieb, sondern bloß auf Den, der das den Zeugen vorzulegende Exemplar (das Original) geschrieben hat.

6) Im vorjustinianischen Recht war eine letztwillige Verfügung (eine Erbeseinsetzung und auch ein Vermächtnis) ungültig, wenn sie gleichsam zur Strafe eines Betheiligten wegen nicht erfüllter gewisser Handlungen oder Unterlassungen dienen sollte (poenae nomine relicta). Mit Recht aber wurde Dieses von Justinian aufgehoben[19].

Die Einsetzungsfähigkeit der Erben (testamenti factio passiva).

§ 288.

(Arndts § 492.)

Die Fähigkeit, zum Erben eingesetzt zu werden, besitzt bei uns jede Person[1].

Das römische Recht kannte noch viele andere Fälle der mangelnden testamenti factio passiva. Diese sind aber bei uns durchaus unpraktisch[2].

Wenn der Erblasser ganz allgemein: die Armen oder die Kranken (auch: die Gefangenen zum Zweck der Loskaufung) zu Erben einsetzt, so wäre dies eigentlich ungültig, da hier keine bestimmte

---

[16] Vgl. oben § 274 Nr. 2. [17] Arndts l. c. Anm. 4 i. Anf.

[18] S. darüber Arndts § 491 letzten Absatz.

[19] Arndts § 491 Anm. 4 (zweite Hälfte); Windscheid Pand. § 548 Note 18. Vgl. Keller Institutionen S. 369 unten.

[1] Mit Ausnahme der oben in § 274 unter Nr. 1 und 2 angeführten Fälle (hereditas iacens und die beim Tode des Erblassers noch gar nicht koncipirte Person). — Über die Einsetzung eines postumus s. oben § 287 Nr. 3.

[2] S. oben § 274 und über juristische Personen s. ebendaselbst bei Anm. 4. Was Arndts l. c. am Schluß des ersten Absatzes über milde Stiftungen sagt, gehört zur Lehre von den milden Stiftungen (s. oben § 58 Th. I S. 253). — Der Fall der Inkapacität, welche Arndts am Schluß des § 492 bei und in Anm. 6 anführt, ist nicht begründet, wie oben in § 258 Nr. II ausgeführt wurde.

Person honorirt ist. Allein die Bestimmung wird doch unter anderer Form aufrecht erhalten. Es soll in einem solchen Falle die Korporation, die das Armen- (oder Kranken-)wesen am Wohnorte des Erblassers zu besorgen hat, als eingesetzt gelten; sie muß aber das Empfangene zu den bezeichneten Zwecken verwenden[3].

Die Form der Erbeseinsetzung.

§ 289.

(Arndts § 493.)

Es genügt zu einer gültigen Erbeseinsetzung jede Erklärung des Erblassers, aus der hervorgeht, daß er den von ihm bezeichneten Personen den Nachlaß als Erben hinterlassen will, wenn er auch dabei den Ausdruck „Erben" nicht gebraucht; es muß sich nur aus seiner Bestimmung ergeben, daß er die von ihm Bezeichneten zum Nachlaß als Ganzen, sei es auch nur zu einer Quote, berufen will[1].

Zum Erben ernannt werden kann man zwar nur in einem Testamente. Damit ist aber nicht zu verwechseln die nähere Bezeichnung des im Testament ernannten Erben. Diese kann auch außerhalb des Testamentes geschehen. Es ist daher ganz gültig, wenn der Erblasser in seinem Testamente, sei es ein mündliches oder schriftliches[2], sagt: Diejenigen sollen meine Erben sein, welche man nach meinem Tode von mir in einer Urkunde bezeichnet finden wird, sog. testamentum mysticum oder implicitum[3]. Sehr bestritten ist aber, ob dazu jede formlose vom Testirer unterzeichnete Schrift genüge. Die Quellen bezeichnen eine solche Schrift durch codicilli. Zu diesen war allerdings in den Zeiten der in den Digesten excerpirten Juristen eine besondere Form gar nicht nöthig[4]; aber das spätere römische Recht schreibt auch für die Codicille eine besondere Form, Zuziehung von 5 Zeugen, vor, und so wird eine solche Bezeichnung des Erben nur gültig sein, wenn bei ihr die Codicillform beobachtet ist[5].

---

[3] Cod. de episc. 1, 2 cst. 24. 28. 49.

[1] S. oben § 269 Lit. A Nr. I. Vgl. Arndts § 493 Note a—e.

[2] Arndts l. c. Anm. 2 a. E.

[3] S. die Stellen bei Arndts l. c. Note d und Anm. 2. Daß die Urkunde verschlossen sein müßte, sagen die Quellen nicht.

[4] Hieraus erklärt sich, daß die bei Arndts l. c. angeführten Stellen nicht von einer besondern Form sprechen.

[5] Es werden aber hier im Codicill nicht Erben ernannt; sondern es wird nur ein im Testament absichtlich unbestimmt gelassener Punkt im Codicill näher bestimmt — Über

Theile bei eingesetzten mehreren Erben.

§ 290.

(Arndts § 494.)

Wenn der Erblasser mehrere Erben in seinem Testamente ernennt, was ihm frei steht[1], so hängt es ganz von ihm ab, die Quoten oder Bruchtheile, welche jeder Erbe von dem Nachlaß bekommen soll[2], festzusetzen[3]. Sehr häufig aber bestimmt der Erblasser diese Theile nicht, oder in einer Weise, welche Zweifel übrig läßt; für solche Fälle setzen unsere Quellen die Quoten näher fest und zwar meist nach dem Gesichtspunkte, dadurch möglichst dem wahrscheinlichen Willen des Erblassers zu entsprechen.

Dabei ist häufig die Verbindung, in welche die Erben im Testament gesetzt sind, von Wichtigkeit. In dieser Hinsicht ist zu unterscheiden. Die Erben können sein: re coniuncti, d. h. zu demselben Ganzen oder zu demselben Theil mit einander berufen; oder verbis coniuncti, d. h. in derselben Wortverbindung genannt, oder Beides: re et verbis coniuncti oder coniuncti im engern Sinn, d. h. in derselben Wortverbindung zu demselben Ganzen oder Theil berufen[4]. — Wenn nun

I. der Erblasser über die Theile der Erben gar Nichts bestimmt, so bekommt eben Jeder einen Kopftheil[5]. Sind aber hierbei einige auch verbis coniuncti, so bekommen sie im Zweifel nur mit einander einen Kopftheil; sage ich z. B.: „A. soll mein Erbe sein; B. und C. sollen mich auch beerben"; und weiter füge ich bei: „die Kinder meines verstorbenen Bruders sollen auch meine Erben sein", so bekommen die Letzteren bloß mit einander $1/3$, B. und C. mit einander $1/3$ und A. $1/3$[6].

II. Wenn der Erblasser alle Erben zu bestimmten Quoten beruft, so bekommt Jeder die ihm angewiesene Quote. Wenn er aber

---

Das, was Arndts in der zweiten Hälfte des § 493 von Note e an über den heres ex re certa sagt, s. unten § 290 a. E.

[1] S. Arndts l. c. Note a. [2] S. oben § 269 Lit. A Nr. I b.

[3] Arndts l. c. Note d—f. Nur darf er nicht gegen seine Notherben einen Fehler machen.

[4] Vgl. D. de V. S. 50, 16 l. 142. — Es heißen »coniuncti« auch die bloß re coniuncti.

[5] D. d. hered. inst. 28, 5 l. 9 § 12. Arndts l. c. Note b.

[6] D. l. c. l. 59 § 2; Cod. de impub. substit. 6, 26 cst. 11.

dabei einige von ihnen mit einander (unbestimmt) zu einer Quote berufen, so theilen sie diese unter sich nach Köpfen; z. B. sagt der Erblasser: „A. und B. sollen mit einander $1/2$ erben; C. soll auch $1/2$ erben", so bekommt A. $1/4$, B. $1/4$ und C. $1/2$. Oder er sagt: „A. soll mein Erbe sein auf $1/2$, B. soll auch $1/2$ erben, C. soll an der Hälfte des A. Theil nehmen", so bekommt B. $1/2$, A. und C. mit einander $1/2$ [7].

III. Wenn der Erblasser bei der Bestimmung der Theile das Ganze nicht erschöpft und

1) über den Rest Nichts bestimmt, so wächst den eingesetzten Erben nach der Größe ihrer Theile der Rest zu; z. B. der Erblasser sagt bloß: „A. soll die Hälfte meiner Erbschaft haben"; hier bekommt er das Ganze. Oder er sagt: „A., B., C. sollen meine Erben sein, Jeder zu $1/4$"; hier bekommt Jeder $1/3$ [8].

2) Wenn er Einen oder Einige auf bestimmte Theile einsetzte, ohne das Ganze zu erschöpfen, aber außerdem noch Einen oder Mehrere ohne Anweisung bestimmter Theile einsetzte, so bekommen die Letzteren, was nach Abzug jener bestimmten Theile übrig bleibt; z. B.: „A. soll $1/4$, B. $2/4$ erben, C. soll auch mein Erbe sein"; hier bekommt C. eben $1/4$ [9].

IV. Wenn der Erblasser mehr als das Ganze vertheilt und zwar

1) er weist jedem Erben einen bestimmten Theil an, überschreitet aber das Ganze, so hat er eben schlecht gerechnet, aber doch jedenfalls durch die Bestimmung der Theile das Verhältnis angeben wollen, in welchem die Eingesetzten theilen sollen. Deßhalb muß Jeder einen verhältnismäßigen Abzug erleiden, bis Alles auf den Betrag des Ganzen reducirt ist; z. B. er setzt 4 Erben ein, jeden auf $1/3$: hier bekommt jeder $1/4$; oder er setzt den A. auf $3/4$, den B. auf $1/2$ ein: hier hat er $5/4$ vertheilt, es bekommt A. $3/5$, B. $2/5$ [10].

2) Von dieser Behandlung macht aber der Fall eine Ausnahme,

---

[7] D. de V. S. 50, 16 l. 142.

[8] I. de hered. inst. 2, 14 § 5 und 7. Den Grund dieses Anwachsungsrechts s. oben § 273 Lit. B III. — Hatte der Erblasser den A. zu $1/6$, den B. zu $1/5$, den C. zu $1/3$ eingesetzt, so muß man, um zu finden, wie viel nicht vertheilt ist, die Brüche auf einen Generalnenner bringen = 30; davon bekommt A. $1/6 = 5/30$, B. $1/5 = 6/30$, C. $1/3 = 10/30$; also sind $9/30$ nicht vertheilt; diese adkresciren den Dreien nach dem Verhältnis ihrer Erbportionen. Zu diesem Zweck muß die Summe dieser 3 Zähler addirt werden = 21 und dann ist an die Stelle des Renners 30 die Summe dieser Zähler, also 21 zu setzen. Also bekommt A. $5/21$, B. $6/21$, C. $10/21$.

[9] I. de hered. inst. 2, 14 § 7. Arndts l. c. Note l.

[10] I. l. c. § 7 a. E.; D. de hered. inst. 28, 5 l. 13 § 4.

wenn der Erblaſſer einen Erben oder einige mit einander unbeſtimmt auf das Ganze einſetzt, aber auch noch Andere auf beſtimmte Theile einſetzt: Hier bekommen die letzteren ihren Theil ungeſchmälert und beſchränken daher jene; z. B. „A. und B. ſollen meine Erben ſein, C. ſoll $^1/_3$ erben"; hier bekommt C. ſein $^1/_3$ ungeſchmälert, indem Juſtinian hier mit Recht annimmt, der Erblaſſer habe in ſolchen Fällen (doch nicht aus einem Rechnungsirrthum ſo disponiren können, ſondern) durch die nachherige Dispoſition die vorhergehende beſchränken wollen [11].

3) Wenn der Erblaſſer die Erben auf beſtimmte Theile (Quoten) des Ganzen einſetzt, aber ſo viele Theile macht, daß das Ganze oder gar noch mehr vertheilt iſt, und er dabei noch weitere Erben ernennt, ohne ihre Theile zu beſtimmen, ſo bekommt dann von Denen, die auf beſtimmte Theile angewieſen ſind, jeder die Hälfte ſeines Theiles und, was übrig bleibt, bekommen die unbeſtimmt Eingeſetzten. Bleibt aber Nichts übrig, ſo bekommt von den erſteren jeder nur $^1/_3$ ſeiner Portion und den Reſt bekommen die unbeſtimmt Eingeſetzten [12].

4) Freilich, wenn der Erblaſſer das Ganze vertheilt und dann noch Einen oder Einige einſetzt und beifügt, dieſe ſollen bekommen, was übrig bleibt, ſo bekommen Letztere natürlich Nichts [13].

V. Es kann vorkommen, daß der Erblaſſer einen oder mehrere Erben ernennt, aber nur beſtimmt, daß ſie einzelne Nachlaßgegenſtände, einzelne Sachen oder Summen erben ſollen, z. B. „A. ſoll mein Haus erben", oder „A. und B. ſollen meine Erben ſein, und zwar A. 10,000 M. und B. mein Landgut erben" (heredes ex re

---

[11] Cod. de legatis 6, 37 cst. 23 pr.

[12] Die Römer drücken dies ſo aus: man müſſe aus dem as hereditatis, d. h. dem ganzen Nachlaß (vgl. Arndts l. c. Anm. 2), in ſolchen Fällen ein dupondium, d. h. 2 Aſſe machen, d. h. man müſſe annehmen, es ſeien 2 Ganze zu vertheilen, wo dann aber freilich jedes Ganze nicht aus $^{12}/_{12}$ des Nachlaſſes oder 12 unciae deſſelben, ſondern aus $^{12}/_{24}$ beſtehe; wenn aber dies nicht reiche, müſſe man ein tripondium (3 Aſſe) machen, von denen aber jedes dann aus $^{12}/_{36}$ des Nachlaſſes beſteht, und dann giebt man jedem Erben, der auf eine beſtimmte Quote eingeſetzt iſt, ſeine Quote an einem ſolchen as und das Übrige bekommen dann die unbeſtimmt Eingeſetzten, z. B. „A. ſoll mein Erbe ſein auf $^1/_4$, B. ſoll $^3/_4$ erben, C. und D. ſollen auch meine Erben ſein"; hier bekommt A $^1/_4$ von $^{12}/_{24}$ (oder von der Hälfte des Ganzen), alſo $^1/_8$ des Ganzen, B. bekommt $^3/_8$ ($^3/_4$ von $^{12}/_{24}$), C. und D. den Reſt, alſo die noch übrigen $^{12}/_{24}$ (alſo C. und D. jeder $^2/_8$ oder $^1/_4$ des Ganzen). D. h. t. 28, 5 l. 18, vgl. l. 17 § 5 eod.; l. l. c. § 6.

[13] D. l. c. l. 17 § 3.

certa). In einer ſolchen Erbeseinſetzung liegt eigentlich ein innerer Widerſpruch; denn der zu einer res certa Berufene kann eigentlich nur Vermächtnisnehmer, nicht Erbe ſein, da ein Erbe nur ein Solcher ſein kann, der zum Nachlaß überhaupt oder zu einer Quote desſelben berufen iſt[14]. Allein das römiſche Recht nimmt hier nicht die res certa als maßgebend an, ſondern die Ernennung; d. h. es hält die Beſtimmung als Erbeseinſetzung mit ihren Konſequenzen aufrecht[15], ſo daß die Eingeſetzten als zum Nachlaß überhaupt berufene Erben behandelt werden. Man muß aber unterſcheiden:

1) iſt nur Ein ſolcher Erbe ex re certa ernannt, ſo bekommt er den ganzen Nachlaß[16].

2) Sind Mehrere ſo ernannt, ſo theilen ſie den Nachlaß mit einander als Erben (zu gleichen Theilen, nach Köpfen) und die res certae, die ihnen angewieſen ſind, ſind als Prälegate zu behandeln. Dies iſt namentlich wegen der Schulden ſehr wichtig, weil die Verbindlichkeit der Miterben, an den Schulden zu zahlen, ſich nach der Größe ihrer Erbs-Quoten beſtimmt; z. B. wenn der Erblaſſer ſagt: „A. ſoll mein Landgut, B. ſoll 30,000 M., C. ſoll mein Haus und noch dazu 3000 M. erben“: ſo iſt dem A. das Landgut, dem B. die Summe von 30,000 M., und dem C. das Haus und 3000 M. prälegirt[17]; in Beziehung auf den Nachlaß überhaupt aber ſind ſie zu gleichen Theilen Erben, müſſen alſo an den Schulden des Erblaſſers zu gleichen Theilen zahlen, wenn auch gleich ihre res certae von ganz verſchiedenem Werthe ſind[18].

Nur wenn einige der heredes ex re certa zu derſelben res mit einander berufen werden, gelten ſie auch in Beziehung auf die Theilung der Erbſchaft als coniuncti und tragen dann natürlich auch in dieſem Verhältnis an den Schulden; z. B. „A. ſoll mein Landgut, B. ſoll 30,000 M., C. und D. ſollen mein Haus erben“: hier erbt A. 1/3, B. 1/3 und C. und D. mit einander 1/3 des Nachlaſſes[19].

---

[14] Vgl. oben § 269 Lit. A Nr. I.

[15] S. die bei Arndts l. c. in Anm. 1 abgedruckte Stelle.

[16] Arndts l. c. Anm. 4.

[17] Und in dieſer Beziehung treten die bei Arndts § 544 angegebenen Grundſätze ein.

[18] Vgl. Arndts § 493 Note e, § 494 Note c. — D. de hered. inst. 28, 5 l. 35 pr. § 1 und 2, l. 10, l. 78 pr. und beſonders die bei Arndts § 493 in Anm. 3 angeführte grundlegende Schrift von Reuner.

[19] D. de hered. inst. 28. 5 l. 11.

3) Das unter 1 und 2 Bemerkte aber gilt nur dann, wenn nur heredes ex re certa eingesetzt wurden. Denn wenn neben den heredes ex re certa noch andere Personen als Erben überhaupt oder auf Quoten des Nachlasses eingesetzt sind, so heißen die auf res certae Eingesetzten zwar Erben (heredes)[20]. Aber vorläufig werden sie der Sache nach (materiell) bloß als Vermächtnisnehmer behandelt, und nur Diejenigen, welche neben ihnen zu wahren Erben ernannt, d. h. auf den Nachlaß überhaupt oder auf Bruchtheile desselben eingesetzt wurden, sind die wirklichen Erben[21]. Die heredes ex re certa können daher in solchen Fällen von den Gläubigern des Erblassers nicht belangt werden; sie haben auch keine Erbschaftsklage, sind nur auf ihr Vermächtnis beschränkt[22]; sie nehmen, wenn einer von den wahren Erben wegfällt, nicht am Anwachsungsrecht Theil[23] u. s. w. — Aber der Umstand, daß der Erblasser ihnen mit der Bezeichnung Erben (heres) die res certa zuwies, ist doch nicht unwichtig. Namentlich werden sie, wenn die auf eine Quote oder unbestimmt eingesetzten Erben sämmtlich wegfallen, z. B. vor dem Erblasser sterben, nun als wahre Erben behandelt, weil nun eigentlich der Fall von Nr. 1 und 2 vorliegt; z. B. wenn ich sage: „A. und B. sollen meine Erben sein, C. und D. sollen ebenfalls mich beerben und zwar C. mein Haus, D. 20,000 M. erben", so sind bloß A. und B. zur Erbschaft berufen; C. und D. als Vermächtnisnehmer zu behandeln. Würden aber A. und B. vor mir sterben, so bekommen C. und D. die Erbschaft zu gleichen Theilen und haben ihre res certae als Prälegate.

4) Zu beachten ist übrigens, daß der Erblasser in den Fällen von Nr. 1 und 2 die Absicht haben kann, die auf die res certae Eingesetzten sollen sich mit ihrer res certa begnügen und die Erbschaft im Übrigen als Fideicommiß an einen Dritten herausgeben. Dies ist natürlich gültig; nur gehen Manche zu weit mit der Annahme einer solchen Absicht des Erblassers[24]. Diese Absicht kann nämlich nur gelten, wenn sie vom Erblasser auf irgend eine Weise ausgesprochen oder bestimmt angedeutet wurde, sei es auch nur indirekt, z. B. ich

---

[20] Vgl. Nov. 115 cap. 3.

[21] Cod. de hered. inst. 6, 24 cst. 13. Arndts § 493 Anm. 5.

[22] Der Erbe hat gegen sie das Recht auf die quarta Falcidia.

[23] Sie sind auf ihre Vermächtnisse beschränkt, die ihnen von den eingesetzten wirklichen Erben zu zahlen sind.

[24] Z. B. Arndts in § 493 Note g—l und Note k mit Reuner cit.

mache ein Testament und setze A. und B. zu Erben ein; später mache ich ein neues Testament, wodurch mein früheres von selbst zusammenfällt[25], und setze darin den C. zum Erben auf eine res certa ein und füge bei, daß ich mein früheres Testament bestätige (wodurch dasselbe als Codicill gilt). Hier habe ich offenbar die Absicht, für A. und B. ein Fideicommiß zu errichten[26], d. h. C. wird mein Erbe ex testamento, muß aber die Erbschaft, mit Ausnahme seiner res certa, als Fideicommiß an A. und B. restituiren[27].

Nebenbestimmungen bei einer Erbeseinsetzung.

§ 291.

(Arndts § 495.)

Der Erblasser kann eine Erbeseinsetzung durch Bedingungen oder Zeitbestimmungen beschränken, auch dem Erben einen modus auferlegen[1].

Im Allgemeinen kann man sagen, daß in solchen Fällen die Grundsätze über Bedingungen, dies und modus gelten, die bei Rechtsgeschäften unter Lebenden eintreten[2]; aber sie gelten nur mit sehr bedeutenden Modifikationen und Ausnahmen. Es ist zu unterscheiden

I. aufschiebende Bedingung (sog. conditio suspensiva). — Eine Erbeseinsetzung unter einer Suspensivbedingung, d. h. wenn der Erbe auf den Fall eingesetzt wird, daß ein ungewisser künftiger Umstand sich ereignen werde, ist durchaus zulässig. Die Einsetzung ist an sich gültig[3], nur ist ihre Wirksamkeit von einer Bedingung abhängig und zwar nach folgenden Grundsätzen:

1) Während die Bedingung schwebt (pendet),

a. ist die Frage, ob die Einsetzung zur Wirksamkeit kommen werde, in suspenso (im Schweben). Es ist also so lange dem Eingesetzten die Erbschaft noch gar nicht angefallen, und da, wenn ein Honorirter die Delation nicht erlebt, stets seine Honorirung zusammenfällt,

---

[25] S. Arndts § 502 a. E. [26] Als Erben können sie nicht gelten.

[27] S. die Stellen bei Arndts § 493 Note g—l. Diese letzteren werden von Reuner a. a. O. und nach ihm von Arndts zu sehr verallgemeinert. — Über das Soldatentestament s. Windscheid Pand. § 553 bei Note 12.

[1] S. darüber besonders Savigny Syst. Bd. III § 117 ff.

[2] S. oben §§ 75—80 (Th. I S. 364—403).

[3] Arndts l. c. Note c.

tretene (also defecta), im letzteren Fall kommt es noch darauf an, ob sie später eintritt[15].

Auch die unzulässigen Bedingungen, d. h. wenn Etwas zur Bedingung gemacht ist, was die Gesetze nicht billigen, werden bei letzten Willen als nicht beigefügt betrachtet[16].

II. Resolutivbedingungen. — Die bei diesen geltenden Grundsätze weichen durchaus von Dem ab, was bei Geschäften unter Lebenden gilt.

1) Das römische Recht stellt den Grundsatz auf: wenn man sich einen Universalnachfolger, einen Erben[17] ernennen will, so muß es auf eine bleibende Weise geschehen. Der zur Erbschaft Berufene kann daher, wenn er Erbe geworden ist, nicht in Folge einer Bestimmung des Erblassers wieder aufhören, Erbe zu sein. Deßhalb kann auch der Erblasser nicht durch seine Willkür einen Wechsel in der Erbfolge so festsetzen, daß der berufene Erbe, wenn er wirklich die Erbschaft erworben hat, später einem Andern Platz machen und dann dieser die Erbschaft bekommen soll: semel heres, semper heres[18].

2) Dieser Grundsatz (Nr. 1) ist namentlich maßgebend für die Resolutivbedingungen. Bei einer Einsetzung unter einer Resolutivbedingung ist nicht die Einsetzung selbst bedingt, sondern nur ihre Wiederauflösung ist bedingt. Dem Eingesetzten wird also die Erbschaft ganz gültig deferirt (wenn die Erfordernisse der Delation vorhanden sind, Tod des Erblassers ꝛc.) und er kann sie sofort erwerben; er kann sie aber nicht in Folge der Bestimmung des Erblassers wieder verlieren, wenn die Bedingung eintritt, weil: semel heres, semper heres. Die Resolutivbedingung wird also stets als nicht beigefügt behandelt, somit gestrichen; der Eingesetzte behält die Erbschaft.

Daraus folgt auch, daß wenn der Erblasser einen zweiten Erben ernannt hatte für den Fall, daß die Resolutivbedingung eintreten würde, mit der Resolutivbedingung auch diese zweite Ein-

---

[15] Cod. de cond. insertis 6, 46 cst. 4; vgl. auch Arndts § 72 Anm. 2.

[16] Cod. l. c. cst. 5; D. de cond. inst. 28, 7 l. 9, l. 14, 15, 27 pr. — Savigny Syst. III § 122—124; Windscheid Pand. § 94.

[17] Vgl. oben § 269

[18] D. de hered. inst. 28, 5 l. 88, l. 34. — Nur beim privilegirten Militärtestament galt dieser Grundsatz nicht, s. Arndts l. c. Note b.

setzung zu streichen ist; z. B. ich sage: „den A. ernenne ich zu meinem Erben, sollte er aber die Titia heirathen, so soll B. mein Erbe werden"; hier wird, da der Erblasser einen Wechsel in der Erbschaft nicht festsetzen kann (s. Nr. 1), die Resolutivbedingung gestrichen und B. bekommt, auch wenn A. die Titia heirathet, nicht die Erbschaft[19]. Dies ist freilich gegen die Absicht des Testirers. Allein er könnte sie auf andere Weise erreichen; minder vollständig durch Konstituirung eines Universalfideicommisses für den zweiten (B.)[20]; vollständiger dadurch, daß er, statt die Bedingung als Resolutiv-Bedingung zu setzen, sie in der Form der (entgegengesetzten) Suspensiv-Bedingung festsetzt, z. B. sagt: A. soll mein Erbe sein, unter der Bedingung, daß er die Titia nicht heirathet. Hier gilt dann das unter Nr. I Ausgeführte. Will der Testirer dann für den Fall, daß A. die Titia doch heirathet, also die Suspensivbedingung nicht eintritt (deficirt), den B. zum Erben einsetzen, so kann er beifügen: Wenn A. die Titia heirathet, also die Bedingung nicht erfüllt, somit nicht mein Erbe wird, so substituire ich ihm den B.[21].

III. Zeitbestimmungen bei Erbeseinsetzungen, also wenn eine Erbeseinsetzung von dem Eintritt einer Zeit abhängig gemacht wird.

A. Diese Zeit kann sein eine gewisse oder ungewisse.

1) Etwas vom Eintritt einer ungewissen Zeit (dies incertus) abhängig machen, heißt: es von einem ungewissen künftigen Umstande (von dem ungewiß ist, ob er eintreten wird) abhängig machen. Der dies incertus ist also eine wahre Bedingung; ob ich z. B. sage: „du sollst Etwas bekommen, wenn du heiratheſt", oder: „du sollst es bekommen an dem Tage, an welchem du heiratheſt", ist das Gleiche.

Ein dies incertus ex quo ist daher eine Suspensivbedingung; ein dies incertus ad quem: eine Resolutivbedingung und es treten bei dem Ersteren die Grundsätze unter I., bei dem Letzteren die unter II. (oben) ein[22].

---

[19] D. de hered. inst. 28, 5 l. 88 a. E. Arndts l. c. Note a und Anm. 1.
[20] Darüber s. unten Nr. IV.
[21] Über die Substitution s. unten § 292.
[22] D. de cond. et dem. 35, 1 l. 75; quando dies legator. 36, 2 l. 21 pr. l. 22 pr.

2) Gewisse Zeit, Befristung, Termin (dies certus[23]), d. h. eine Zeit, welche gewiß eintreten wird, z. B. „am 1. Januar k. J." — Die Beifügung eines dies certus bei Erbeseinsetzungen ist unzulässig: er wird daher gestrichen. Denn ist der Erbe unter einem dies certus ad quem eingesetzt, so würde Dieses so viel heißen: er soll die Erbschaft sofort bekommen, aber mit Eintritt des dies wieder aufhören, Erbe zu sein. Letzteres geht aber nicht, wegen des Grundsatzes unter II. 1; der dies wird also gestrichen. Sage ich z. B.: „A. soll mein Erbe sein, aber nur 10 Jahre lang", so werden die 10 Jahre gestrichen und er bleibt Erbe; denn nach Ablauf der 10 Jahre kann nicht die Intestaterbschaft eintreten, schon wegen des Grundsatzes: nemo pro parte testatus etc. und jedenfalls, weil nach dem Grundsatz unter II. 1 ihm die Erbschaft nicht mehr entzogen werden kann; hätte er aber einen Substituten als Miterben, so könnte doch nicht an diesen sein Erbtheil kommen, weil er (A.) ihn nach dem Testament erworben hat und nach Nr. II. 1 ihn nicht wieder verlieren kann. — Ebenso ist es, wenn ich beigefügt hätte: „nach 10 Jahren soll B. mein Erbe sein"; auch hier bleibt A. Erbe und B. bekommt Nichts.

Ist der Erbe unter einem dies certus ex quo eingesetzt; z. B. „A. soll mein Erbe sein, aber erst vom 6. Jahre nach meinem Tode an", oder „vom Jahr 1900 an", so würde dies so viel heißen: er soll jedenfalls (weil dies certus) mein Erbe werden, aber nicht von meinem Tode an, sondern erst vom 6. Jahre an nach demselben, oder von 1900 an. Es muß daher auch hier der dies certus gestrichen werden, weil, wenn bis zum 6. Jahre nach meinem Tode oder bis zum Jahr 1900 ein Anderer (Substitut, Miterbe, Intestaterbe) als Erbe eintreten sollte, Dieses ein durch den Willen des Erblassers gesetzter Wechsel in der Erbfolge wäre. Der A. kann daher die Erbschaft sofort nach des Erblassers Tod antreten und behalten[24].

3) Hiernach ist sehr wichtig, genau zu bestimmen, was dies certus und incertus ist. Bei letztwilligen Verfügungen entscheiden die Quellen diese Frage auf folgende Weise:

a. Ein dies, von welchem ungewiß ist, ob er je eintreten werde, bei dem also das »an« ungewiß ist, ist immer ein dies in-

---

[23] In den Quellen gewöhnlich dies schlechtweg genannt im Gegensatz zur conditio.
[24] D. de heredib. inst. 28, 5 l. 34.

certus, z. B. „an dem Tag, an welchem du heiratheſt, Doktor wirſt ꝛc.“

b. Ein dies, bei welchem gewiß iſt, daß er irgend einmal eintreten wird, gilt bei Geſchäften unter Lebenden ſtets als dies certus[25]; nicht aber immer bei letztwilligen Verfügungen. Bei dieſen iſt weiter zu unterſcheiden:

α. Iſt es gewiß, daß der eingeſetzte Erbe den dies erleben wird, ſo iſt der dies durchaus ein certus. Dieſes iſt aber nur der Fall, wenn die Honorirung auf ſeinen Todestag geſetzt iſt[26].

β. Iſt es ungewiß, ob der Honorirte den dies erleben wird, ſo kommt es ganz auf die Abſicht des Erblaſſers an. Wollte er vom Eintritt des dies nicht die Rechtserwerbung an ſich abhängig machen, wollte er alſo, daß ſie jedenfalls mit dem Eintritt des dies eintreten, und der dies nur gleichſam als Zahlungszeit gelten ſoll, ſo iſt der dies als certus zu behandeln; und dieſe Abſicht iſt ſtets dann anzunehmen, wenn der dies ausgedrückt iſt durch einen Kalendertag oder einen durch einen bloßen Zeitraum ausgedrückten Termin, z. B. „A. ſoll mein Erbe ſein, aber erſt nach 10 Jahren nach meinem Tode“, oder „erſt vom Jahre 1890 an“. Wenn aber der Erblaſſer den Umſtand, daß der Honorirte den dies erlebt, zur Bedingung der ganzen Honorirung überhaupt machen wollte, ſo gilt der dies als incertus, als wahre Bedingung; und dieſe letztere Abſicht iſt bei letztwilligen Verfügungen im Zweifel anzunehmen[27].

IV. Ein Wechſel in der Erbfolge iſt nach dem Ausgeführten nur dann unzuläſſig, wenn er durch eine Beſtimmung des Teſtirers herbeigeführt würde (ſ. Nr. II und III). Dagegen kann er durch andere Ereigniſſe in einigen Fällen eintreten[28]. Auch darf ein Wechſel in der Erbfolge nicht verwechſelt werden mit der Errichtung eines Univerſalvermächtniſſes, z. B. wenn ich ſage: „A. ſoll mein Erbe ſein, aber die Erbſchaft nach 10 Jahren von ihrer Erwerbung an an ſeinen Bruder herausgeben“: ſo iſt dies eine ganz

---

[25] Vgl. oben § 79 (Th. I S. 397 ff.).
[26] D. quando dies legat. 30, 2 l. 4 § 1.
[27] I. de hered. inst. 2, 14 § 9; D. de cond. et dem. 35, 1 l. 1 § 2; l. 79 § 1; quando dies leg. 36, 2 l. 21 pr., l. 22 pr., l. 26 § 1.
[28] S. unten § 298 Nr. V. VII.

gültige Bestellung eines Universalvermächtnisses. Denn hier muß zwar A. nach 10 Jahren die Erbschaft als Vermächtnis herausgeben, aber er bleibt Erbe, kann daher in der Regel die Quarta (Trebellianica) vom Vermächtnis abziehen[29]. — Ein solches Universalvermächtnis (Erbschaftsvermächtnis) kann auch als Absicht des Erblassers aus der Weise, wie er sich ausdrückt, geschlossen werden; sage ich z. B.: „Mein Erbe soll A. sein; nach 10 Jahren soll B. mein Erbe sein", so bekommt B. Nichts, weil B. zum wirklichen Erben ernannt und dies unzulässig ist[30]. Wenn ich aber sage: „Mein Erbe soll A. sein, nach 10 Jahren aber soll B. meinen Nachlaß haben, oder meine Erbschaft ihm gehören: so ist anzunehmen (und kann angenommen werden), daß ich ihm die Erbschaft als Fideicommiß (Vermächtnis) geben wollte[31].

V. Modus. Im Allgemeinen heißt modus jede Auflage, die der Testirer dem Honorirten macht. Besteht aber der modus in der Auflage einer pekuniären Leistung an einen Dritten, so ist dies nichts Anderes, als ein Vermächtnis[32]. Der eigentliche modus ist also bei letzten Willen nur vorhanden, wenn die Auflage in etwas Anderem besteht, z. B. ich lege meinem Erben auf, mir ein Monument zu errichten, aus der Erbschaft ein Spital zu stiften; oder ich setze eine Stadt zur Erbin ein mit der Auflage, eine Blindenanstalt zu errichten; oder ich ertheile dem N. ein Vermächtnis von 50,000 M. mit der Auflage, meinen Neffen zu erziehen, die Vormundschaft meiner Kinder zu übernehmen.

Ein solcher modus schiebt Nichts auf, ist keine Bedingung. Der mit einer solchen Auflage belastete Erbe kann die ihm deferirte Erbschaft sogleich erwerben; er muß aber dann den modus erfüllen und kann dazu (wenn er Erbe ist) von seinen Miterben mit der actio familiae herciscundae; oder von Dem, zu dessen Gunsten die Auflage gemacht ist, und im Nothfall von der Obrigkeit ex officio

---

[29] Nach den Grundsätzen, die bei der Lehre von den Vermächtnissen anzuführen sind, vgl. oben § 269 Lit. B Nr. II und unten § 321. Vgl. auch Savigny Syst. Bd. III S. 218 ff.

[30] Hier sind die 10 Jahre und die Erbeseinsetzung des B. nach dem oben Nr. III 2 ausgeführten Grundsatz zu streichen.

[31] Vgl. Gaius Inst. II 277. — Zu weit geht Windscheid Pand. § 554 Nr. 4 und § 555.

[32] Es treten also die Grundsätze der Vermächtnisse ein.

angehalten werden[33]. Wird aber dem Erben durch einen Zufall die Erfüllung des modus unmöglich, ſo wird er von der Verpflichtung zur Erfüllung des modus frei[34].

Die Subſtitutionen.

Überſicht.

Unter heredis substitutio (Nacherbeinſetzung) werden ſehr verſchiedene Fälle begriffen, nämlich

a. die Ernennung eines Erben an Stelle eines ernannten Erben für den Fall, daß der Letztere die Erbſchaft nicht erwirbt (nicht erbt): Vulgarſubſtitution (gemeine oder gewöhnliche Subſtitution, § 292).

b. Fälle, in welchen ein Aſcendent über den Nachlaß ſeiner Deſcendenten teſtiren und ihm Erben ernennen kann: die Pupillar- und die Quaſipupillarſubſtitution (§§ 293. 294).

Die älteren Civiliſten nannten häufig die Fälle unter a. und b. substitutiones directae, und ſetzten ihnen entgegen als weitere Subſtitution eine ſog. substitutio obliqua oder precaria oder fideicommissaria, nämlich den Fall, wenn dem Erben auferlegt wird, ſeinen Erbtheil ganz oder zu einem Bruchtheil einem Dritten als Univerſalvermächtnis herauszugeben. Man kann dies ſo nennen; nur iſt dabei wohl zu beachten, daß Dieſes nicht eine Nacherbeinſetzung iſt, da der Univerſalvermächtnisnehmer gar nicht wirklicher Erbe iſt[1].

Die Vulgarſubſtitution.

§ 292.

(Arndts § 496.)

Wenn ein Teſtamentserbe wegfällt, ohne die Erbſchaft zu erwerben, z. B. vor dem Erblaſſer ſtirbt oder er unter einer Bedingung eingeſetzt iſt und ſie nicht eintritt, oder er ſtirbt, während ſie noch ſchwebt, oder er die Erbſchaft ausſchlägt: ſo accreſcirt nun ſeine Por-

[33] S. Arndts l. c. Note m—o und § 548.

[34] D. de condit. instit. 28, 7 l. 8 § 7 a. E. — Hieraus ergiebt ſich auch, wie weſentlich die conditio verſchieden iſt vom modus. — Über das bei Arndts l. c. bei Note p Geſagte ſ. Arndts § 72 Anm. 5 Lit. g.

[1] Vgl. oben § 269 Lit. B. Nr. II.

gültige Bestellung eines Universalvermächtnisses. Denn hier muß zwar A. nach 10 Jahren die Erbschaft als Vermächtnis herausgeben, aber er *bleibt* Erbe, kann daher in der Regel die Quarta (Trebellianica) vom Vermächtnis abziehen[29]. — Ein solches Universalvermächtnis (Erbschaftsvermächtnis) kann auch als Absicht des Erblassers aus der Weise, wie er sich ausdrückt, geschlossen werden; sage ich z. B.: „Mein Erbe soll A. sein; nach 10 Jahren soll B. mein Erbe sein", so bekommt B. Nichts, weil B. zum wirklichen *Erben* ernannt und dies unzulässig ist[30]. Wenn ich aber sage: „Mein Erbe soll A. sein, nach 10 Jahren aber soll B. meinen *Nachlaß* haben, oder meine *Erbschaft* ihm gehören: so ist anzunehmen (und *kann* angenommen werden), daß ich ihm die Erbschaft als Fideicommiß (Vermächtnis) geben wollte[31].

V. *Modus*. Im Allgemeinen heißt *modus* jede Auflage, die der Testirer dem Honorirten macht. Besteht aber der modus in der Auflage einer *pekuniären* Leistung an einen Dritten, so ist dies nichts Anderes, als ein *Vermächtnis*[32]. Der *eigentliche* modus ist also bei letzten Willen nur vorhanden, wenn die Auflage in etwas *Anderem* besteht, z. B. ich lege meinem Erben auf, mir ein Monument zu errichten, aus der Erbschaft ein Spital zu stiften; oder ich setze eine Stadt zur Erbin ein mit der Auflage, eine Blindenanstalt zu errichten; oder ich ertheile dem N. ein Vermächtnis von 50,000 M. mit der Auflage, meinen Neffen zu erziehen, die Vormundschaft meiner Kinder zu übernehmen.

Ein solcher modus schiebt Nichts auf, ist keine Bedingung. Der mit einer solchen Auflage belastete Erbe kann die ihm deferirte Erbschaft sogleich erwerben; er muß aber dann den modus erfüllen und kann dazu (wenn er Erbe ist) von seinen Miterben mit der *actio familiae herciscundae*; oder von Dem, zu dessen Gunsten die Auflage gemacht ist, und im Nothfall von der Obrigkeit ex officio

---

[29] Nach den Grundsätzen, die bei der Lehre von den Vermächtnissen anzuführen sind, vgl. oben § 269 Lit. B Nr. II und unten § 321. Vgl. auch *Savigny* Syst. Bd. III S. 218 ff.

[30] Hier sind die 10 Jahre und die Erbeseinsetzung des B. nach dem oben Nr. III 2 ausgeführten Grundsatz zu streichen.

[31] Vgl. *Gaius* Inst. II 277. — Zu weit geht *Windscheid* Pand. § 554 Nr. 4 und § 555.

[32] Es treten also die Grundsätze der Vermächtnisse ein.

angehalten werden[33]. Wird aber dem Erben durch einen Zufall die Erfüllung des modus unmöglich, ſo wird er von der Verpflichtung zur Erfüllung des modus frei[34].

Die Subſtitutionen.

Überſicht.

Unter heredis substitutio (Nacherbeinſetzung) werden ſehr verſchiedene Fälle begriffen, nämlich

a. die Ernennung eines Erben an Stelle eines ernannten Erben für den Fall, daß der Letztere die Erbſchaft nicht erwirbt (nicht erbt): Vulgarſubſtitution (gemeine oder gewöhnliche Subſtitution, § 292).

b. Fälle, in welchen ein Aſcendent über den Nachlaß ſeiner Deſcendenten teſtiren und ihm Erben ernennen kann: die Pupillar- und die Quaſipupillarſubſtitution (§§ 293. 294).

Die älteren Civiliſten nannten häufig die Fälle unter a. und b. substitutiones directae, und ſetzten ihnen entgegen als weitere Subſtitution eine ſog. substitutio obliqua oder precaria oder fideicommissaria, nämlich den Fall, wenn dem Erben auferlegt wird, ſeinen Erbtheil ganz oder zu einem Bruchtheil einem Dritten als Univerſalvermächtnis herauszugeben. Man kann dies ſo nennen; nur iſt dabei wohl zu beachten, daß Dieſes nicht eine Nacherbeinſetzung iſt, da der Univerſalvermächtnisnehmer gar nicht wirklicher Erbe iſt[1].

Die Vulgarſubſtitution.

§ 292.

(Arndts § 496.)

Wenn ein Teſtamentserbe wegfällt, ohne die Erbſchaft zu erwerben, z. B. vor dem Erblaſſer ſtirbt oder er unter einer Bedingung eingeſetzt iſt und ſie nicht eintritt, oder er ſtirbt, während ſie noch ſchwebt, oder er die Erbſchaft ausſchlägt: ſo accreſcirt nun ſeine Por-

[33] S. Arndts l. c. Note m—o und § 548.

[34] D. de condit. instit. 28, 7 l. 8 § 7 a. E. — Hieraus ergiebt ſich auch, wie weſentlich die conditio verſchieden iſt vom modus. — Über das bei Arndts l. c. bei Note p Geſagte ſ. Arndts § 72 Anm. 5 Lit. g.

[1] Vgl. oben § 269 Lit. B. Nr. II.

tion ſeinen Miterben[1], und war er der einzige Erbe, ſo wird das Teſtament deſtitut und es kommt zur Inteſtaterbfolge. Dieſem kann aber der Erblaſſer einfach dadurch begegnen, daß er für den Fall des Wegfallens eines Erben beſtimmt, daß dann Andere an ſeiner Stelle Erben werden ſollen; z. B. wenn ich ſage: „A., B., C. ſetze ich zu Erben ein; ſollte aber A. nicht mein Erbe werden, ſo ſoll an ſeiner Stelle D. mein Erbe ſein.“ Dieſes iſt die Vulgar- oder gemeine Subſtitution, ſo genannt, weil jeder Erblaſſer ſich ihrer bedienen kann. Bei dieſer gilt Folgendes:

I. Ein ſolcher Fall iſt nichts Anderes als eine bedingte Erbesernennung, nämlich eine Einſetzung unter der Bedingung, daß ein anderer zunächſt Eingeſetzter die Erbſchaft nicht erwerben wird[2]. Sie heißt heredis substitutio im Gegenſatz zur heredis institutio, d. h. zu derjenigen Erbesernennung, die nicht davon abhängig gemacht wird, daß ein anderer im Teſtament Eingeſetzter das ihm Hinterlaſſene nicht erwerbe. In dem oben gegebenen Beiſpiel ſind A., B. und C. heredes instituti, D. iſt heres substitutus; die erſteren heißen auch heredes primi gradus, Vorerben; der Subſtitut iſt heres secundi gradus, Nacherbe oder Nachberufener und ſo kann man auch einen heres tertii gradus machen, wenn man dem Subſtituten für den Fall, daß auch er nicht zur Erbſchaft kommt, einen Subſtituten ſetzt[3].

II. Natürlich kann man einem institutus Mehrere miteinander ſubſtituiren, welche dann mit einander Erben werden, wenn Jener wegfällt und im Zweifel dann unter ſich ſeine Portion nach § 290 theilen. Ebenſo kann man mehreren institutis einen Dritten ſubſtituiren, ſo daß der Letztere, ſobald auch nur Einer der instituti wegfällt, zu deſſen Portion berufen wird[4]. Auch kann man alle eingeſetzten Erben einander ſubſtituiren, ſog. substitutio reciproca[5].

III. Wenn der institutus die Erbſchaft erwirbt, ſo fällt natürlich die Subſtitution zuſammen; es iſt dann die Bedingung,

---

[1] S. oben § 273 Lit. B. Nr. III 1. [2] I. de vulg. subst. 2, 15 pr.
[3] D. de vulg. et pup. subst. 28, 6 l. 36 pr.
[4] Unrichtig iſt, was Arndts l. c. bei Note h ſagt; die dort angeführte Stelle (l. 42 h. t.) bezieht ſich auf die Pupillarſubſtitution.
[5] D. l. c. l. 36 § 1. Arndts l. c. Note l—n.

unter welcher der Subſtitut eingeſetzt iſt, gar nicht eingetreten. Auch kann überhaupt an die Stelle eines Erben, welcher die Erbſchaft erworben hat, nicht ein Anderer als Erbe vom Teſtirer geſetzt werden[6].

IV. Hiernach kann der Subſtitut nur dann berufen werden, wenn der institutus wegfällt, ohne die Erbſchaft erworben zu haben, ſei es, daß er ſie nicht erwerben konnte (z. B. er vor dem Teſtirer ſtirbt), ſog. casus impotentiae; oder nicht wollte (ausſchlägt), ſog. casus noluntatis[7]; oder, was hier dem Nicht-Erbe-Werden des institutus gleichſteht (in den unter § 298 Nr. V. und Nr. VII. 2. anzuführenden Fällen), die Erwerbung der Erbſchaft von Seiten des institutus rückgängig wird. Es wird dann der substitutus zur Erbſchaft berufen, alſo der Erbtheil Deſſen, dem er ſubſtituirt iſt, ihm deferirt[8], ſomit dadurch das Adkretionsrecht ausgeſchloſſen. Nur iſt dabei wohl zu beachten, daß, wenn der institutus nach der Delation nicht zur Erbſchaft kommt und der Fall ein ſolcher iſt, in welchem er ſein Antretungsrecht transmittiren kann[9], dann nicht der Subſtitut, ſondern der Transmiſſar des institutus eintritt[10].

V. Bei dieſer Subſtitution gilt noch im Zweifel als dem wahrſcheinlichen Willen des Erblaſſers entſprechend Das, was man bei uns gewöhnlich ausdrückt durch: substitutus substituto est substitutus instituto. Man muß hierbei unterſcheiden:

1) Macht der Erblaſſer mehrere Grade der Subſtitution, ſo gelten natürlich die ſpäteren Grade auch als ſubſtituirt den ihnen vorangehenden Subſtituten und auch dem institutus für den Fall, daß die Mittelglieder wegfallen; z. B. ich ſage: „A. und B. ſollen meine Erben ſein; dem A. ſubſtituire ich den N., dem N. den O., dem O. den C.“. Hier iſt C. nicht nur dem N. und O., ſondern auch dem A. ſubſtituirt; wenn daher N. und O. vor dem Erblaſſer ſterben und auch der institutus A. nicht Erbe wird, ſo wird C. als substitutus

---

[6] S. oben § 291 Nr. II 1. [7] Arndts l. c. Anm. 2.

[8] Wenn er nicht noch unter einer weitern Bedingung ſubſtituirt iſt.

[9] S. unten § 299.

[10] Arndts l. c. Note e. und f. — Die Anm. 3 (bei Arndts l. c.) bezieht ſich auf Unpraktiſches, auf Sklaven (die wir nicht haben) und auf Hauskinder, die nach dem ältern römiſchen Recht eine fremde Erbſchaft, die ſie machten, ihrem Hausvater erwarben, was nach dem neueſten römiſchen Recht nicht mehr der Fall iſt (ſ. oben § 255).

des A. zu der Erbſchaft berufen: der substitutus substituto gilt alſo auch als substitutus instituto.

2) Wenn ein inſtituirter Erbe (A.) einem inſtituirten Miterben (B.) ſubſtituirt wird, er alſo institutus und zugleich substitutus iſt und ihm für den Fall, daß er wegfallen würde, ein Dritter (C.) ſubſtituirt wird: ſo gilt im Zweifel dieſer Dritte (C.) ihm als ſubſtituirt nicht bloß für deſſen Subſtitutions-, ſondern auch für deſſen Inſtitutionsportion. Man drückt es gewöhnlich ſo aus: substitutus substituto, qui simul est institutus, substitutus huic quoque censetur qua instituto[11].

Die Pupillarſubſtitution.

§ 293.

(Arndts §§ 497. 498.)

Dieſes Inſtitut, das ſich ſchon in den Zeiten der römiſchen Republik durch Gewohnheitsrecht bildete, betrifft ein Recht des Hausvaters über das Vermögen ſeiner Hauskinder, welche noch impuberes[1] ſind. Man hat bei ihm zwei Entwicklungsſtadien zu unterſcheiden:

I. Urſprünglich wurde das Inſtitut als ein Fall aufgefaßt, in welchem der Hausvater für ſich ſelbſt ein Teſtament macht und gleichſam für ſich Erben ernennt.

Ein Hauskind konnte nämlich nach älterem römiſchen Recht kein Vermögen haben[2]. Starb der Hausvater und wurde er vom Hauskind beerbt, ſo ging nun ſein Vermögen auf das Kind über; aber wenn es noch impubes (unmündig) iſt, würde, da es kein Teſtament machen kann, ſein Vermögen, wenn es in der Unmündigkeit ſtirbt, an ſeine Inteſtaterben fallen. Letzteres ſollte vermieden werden; deßhalb ſollte das auf das Kind übergegangene hausväterliche Vermögen und auch das weitere Vermögen, was es etwa während der Unmündigkeit erwarb, und das als Erweiterung des hausväterlichen Vermögens betrachtet wurde, der Dispoſition des Hausvaters unterworfen bleiben, ſo daß er über dieſes Vermögen, gleichſam als ob es ihm ſelbſt gehöre,

---

[11] I. h. t. 2, 15 § 3.

[1] Vgl. oben § 48 (Th. I S. 219). [2] S. oben § 254.

letztwillig verfügen, also darüber sich selbst Erben ernennen kann. Deßhalb nannte man diese Erben auch substituti in den hausväterlichen Nachlaß; z. B. wenn er in seinem Testamente sagt: „Mein unmündiger Sohn Titius soll mein Erbe sein; wenn er mein Erbe wird, aber vor erreichter Pubertät nach mir stirbt, so soll Gajus mein Erbe sein.“ Auf diese Weise wurde also Gajus zum gesammten Vermögen des Kindes gleichsam als Erbe des Vaters berufen[3]. Diese ältere Auffassung hatte auch noch einige Nachwirkungen im späteren Recht[4].

II. Die spätere Auffassung, auf welche man auch noch in den Zeiten der Republik kam (namentlich schon zu Cicero's Zeiten), ging allmählich dahin, daß bei der Pupillarsubstitution doch der Vater in der That nicht sich selbst, sondern seinem Kinde einen Erben ernenne, da das Vermögen doch wirklich nicht mehr dem Vater, sondern dem Kinde gehöre und die Pupillarsubstitution die mangelnde Testirfähigkeit des unmündigen Kindes gleichsam ersetzen soll. Man faßte sie also als ein Recht des Hausvaters, über den Nachlaß des unmündigen Kindes ein Testament zu machen, auf und dies ist auch die Auffassung des geltenden Rechts[5].

Die Pupillarsubstitution ist daher nichts Anderes als ein Testament[6], welches der Hausvater über den Nachlaß seines Hauskindes auf den Fall macht, daß es nach ihm, aber vor erreichter Pubertät sterben würde. Die Grundsätze über sie gehen im Wesentlichen dahin:

1) Nur der Hausvater kann eine Pupillarsubstitution errichten und zwar nur über den Nachlaß derjenigen Hauskinder, welche zur Zeit seines Todes seine nächsten Intestaterben sein würden, also seiner sui heredes[7].

Nur der pater arrogator kann dem impubes arrogatus nicht pupillariter substituiren, außer über das Vermögen, welches

---

[3] Vgl. D. de vulg. et pup. subst. 28, 6 l. 1 § 1. — Sehr häufig war noch später, daß der Vater vom Pupillarsubstituten sagt: »si filius intra pubertatem decesserit, tum Gaius mihi heres esto«.

[4] S. z. B. unten Nr. II 5 a. E.

[5] Vgl. I. de pup. subst. (h. t.) 2, 16 pr. und die bei Arndts § 497 Anm. 2 Angeführten (Keller; Bangerow).

[6] Er kann darin nicht bloß Erben ernennen, sondern auch Vermächtnisse geben.

[7] In dem unten § 298 Nr. VII. 2a. zu entwickelndem Sinne. Vgl. Arndts § 497 Note b. und Anm. 1.

das Kind von ihm oder durch Gelegenheit der Arrogation, z. B. durch einen Verwandten des arrogator, bekam[8].

2) Der Vater kann über den Nachlaß des Kindes nur für den Fall testiren, daß es *nach ihm vor* Erreichung der Testamentsmündigkeit stirbt[9]. Die Pupillarsubstitution fällt also zusammen, wenn das Kind *vor* ihm stirbt (dann wird er ab intestato beerbt), oder zwar *nach* ihm stirbt, aber erst nach erreichter Mündigkeit; denn dann konnte das Kind selbst testiren[10].

Natürlich aber kann er auch *auf eine frühere Zeit* die Substitution beschränken, z. B. bestimmen: „Sollte mein Sohn nach mir vor seinem 11. Jahre sterben, so soll N. sein Erbe sein."

3) Hat der Hausvater sein Kind gültig *enterbt*[11], so kann er ihm doch pupillariter substituiren[12].

4) Der Hausvater kann über den *ganzen* Nachlaß des Kindes testiren, woher er auch rühren mag und zu Erben des Kindes ernennen, *wen* er will, Eine oder Mehrere, bedingt oder unbedingt. Diese Erben heißen *Pupillarsubstituten*[13]. Er kann ihnen auch *Vermächtnisse* auferlegen, aber nur, so weit *von ihm* das Kind oder der Substitut Vermögen erbt[14].

Auf *Notherben* hat er bei der *Pupillarsubstitution* keine Rücksicht zu nehmen; nicht auf *seine*: weil er nicht über seinen Nachlaß testirt; und nicht auf die des *Kindes* (nach gemeinem Recht), weil das Kind nicht das Testament errichtet[15].

5) Wesentlich ist, daß der Vater über *seinen eigenen Nachlaß* ein Testament macht. Es handelt sich also hier von *zwei Testamenten*; einem, das der Vater über den eigenen Nachlaß und einem, das er über den Nachlaß des Kindes macht[16]. Er kann dabei das

---

[8] D. h. t. 28, 6 l. 10 § 6; de adopt. 1, 7 l. 22 § 1.

[9] *Arndts* § 497 Note c.

[10] D. h. t. 28, 6 l. 14; I. h. t. 2, 16 § 8. § 9. — Nur in einem privilegirten *Militärtestament* konnte der Vater seinem Kinde über diese Zeit hinaus substituiren; aber die Substitution galt dann nur als Universalfideicommiß im *väterlichen* Vermögen. D. h. t. l. 15; Cod. h. t. (de impub. subst.) 6. 26 cst. 8.

[11] Dies wird aber *selten* geschehen, da ein impubes selten sich einer Enterbungsursache schuldig machen kann.

[12] I. h. t. 2, 16 § 4. [13] D. h. t. 28, 6 l. 8, l. 10 pr.

[14] *Nicht*, wenn das Kind enterbt und der Substitut nicht auch im väterlichen Testamente bedacht wurde. *Arndts* § 497 Anm. 4 a. E. — *Windscheid* Pand. § 559 Nr. 8. *Bangerow* Pand. § 521 Anm. 2.

[15] *Arndts* § 592 Note g.

[16] *Arndts* § 497 Anm. 4. I. h. t. 2, 16 § 2, 5; D. h. t. 28, 6 l. 2 § 1.

Testament über den Nachlaß des Kindes mit dem über seinen eigenen Nachlaß verbinden, oder über jeden Nachlaß ein besonderes Testament machen. Nur muß er im letzteren Falle jedenfalls zuerst über seinen eigenen Nachlaß testiren (primae tabulae) und dann erst (zu welcher Zeit er will) das Pupillartestament machen (secundae tabulae); macht er es umgekehrt, so ist das Pupillartestament nichtig[17]. In beiden Fällen aber (mag er die Testamente verbinden oder gesondert machen) wird das Pupillartestament als pars et sequela testamenti paterni behandelt, d. h. wenn dieses zusammenfällt, so fällt auch jenes[18].

6) Natürlich kann der Vater die Personen, die er dem Kinde zum Erben ernennt, auch in seinem Testament sich zu Erben ernennen; ferner kann er, wenn er das Kind zu seinem Erben ernennt, ihm vulgariter im väterlichen Nachlaß und zugleich pupillariter substituiren (substitutio duplex); z. B. ich sage: „Meine Kinder A., B., C. sollen meine Erben sein. Sollte mein unmündiger Sohn C. nicht mein Erbe werden, so substituire ich ihm den N. (Vulgar-Substitution); sollte mich jedoch mein Sohn C. überleben, aber in der Unmündigkeit sterben, so soll N. ihn beerben". Hier ist N. Vulgar-Substitut des C. und zugleich dessen Pupillar-Substitut[19].

Nimmt der Vater (bei dem unmündigen Kinde) nur eine dieser Substitutionen (nur eine Pupillar- oder nur eine Vulgarsubstitution) vor: so wird es in der Regel seinem (wahrscheinlichen) Willen entsprechen, daß, wenn diese eine nicht praktisch werden kann, die andere eintreten soll (substitutio tacita); z. B. ich setze meine unmündige Tochter zur Erbin ein und substituire ihr den N.; diese Vulgar-Substitution fällt hier zusammen, wenn meine Tochter meine Erbschaft erwirbt. Aber wenn sie nach mir in der Unmündigkeit stirbt, so ist es gewiß mein Wille, daß dem N. nun die Erbschaft meiner Tochter als ihrem Pupillar-Substituten zufallen soll[20].

7) Aus dem Ausgeführten ergiebt sich von selbst, in welchen Fällen eine an sich gültige Pupillar-Substitution aus den besonderen

---

[17] I. h. t. 2, 16 § 2. Arndts § 497 Anm. 3. Über die Ausnahme bei dem Militärtestament s. Anm. 3 cit.

[18] I. h. t. 2, 16 § 5. [19] Arndts l. c. Note g.

[20] Arndts § 497 Note h. k—l. n und bei Anm. 5—7. Ebenso auch umgekehrt ist im Zweifel in der Pupillar-Substitution eine Vulgar-Substitution enthalten.

in der Natur der Pupillar-Substitution liegenden Gründen erlöschen muß; nämlich wenn das Kind vor dem Vater stirbt (Nr. 2); ferner: wenn es erst nach erreichter Pubertät stirbt (Nr. 2); wenn es noch zu Lebzeiten des Vaters aus seiner Gewalt kommt (Nr. 1); wenn der Vater nicht über seinen Nachlaß testirt (Nr. 5), oder wenn er zuerst ein Testament über den Nachlaß des Kindes und erst nachher ein besonderes über seinen Nachlaß macht (Nr. 5); endlich wenn das Testament, das der Vater über seinen Nachlaß machte (primae tabulae) ganz zusammenfällt, z. B. der Vater es vernichtet oder ein neues Testament macht, oder alle Erben, die er sich einsetzte, wegfallen (Nr. 5 a. E.)[21].

Quasipupillarsubstitution.

§ 294.

(Arndts § 499.)

Wenn ein Descendent aus anderen Gründen, als wegen Impubertät, unfähig ist, ein Testament über seinen Nachlaß zu errichten, z. B. wenn er zwar pubes ist, aber geisteskrank oder als prodigus unter Vormundschaft gestellt, oder taubstumm ist ohne schreiben zu können, so hat sein Hausvater nicht das Recht, falls das Kind nach ihm sterben würde, über dessen Nachlaß zu testiren, außer wenn er für den einzelnen Fall vom Regenten besonders dazu ermächtigt wurde[1].

Eine Ausnahme jedoch, aber nicht bloß für den Hausvater, sondern auch für die anderen Ascendenten macht Justinian bei solchen Descendenten, welche wegen Geisteskrankheit nicht testiren können[2]. Hiernach haben die Ascendenten eines geisteskranken Descendenten (wenn er zu ihren nächsten intestaterbberechtigten Descendenten gehört) das Recht, über dessen Nachlaß ein Testament zu machen, nach

---

[21] D. h. t. l. 16 § 1, l. 2 § 1. — Nur wenn alle Erben, die der Vater sich setzte, die Erbschaft aus Chikane ausschlagen, um das Pupillar-Testament zusammenfallen zu machen, so bleibt letzteres gültig, s. D. h. t. 28, 6 l. 2 § 1 a. E.

[1] Arndts l. c. Note a. Bedingung ist aber dann, daß das Kind nicht später die Testirfähigkeit erlangt oder nicht einen Notherben erhält.

[2] Er bestimmte dies in einer legislativ sehr mißglückten Konstitution in Cod. de impub. et aliis substit. 6, 26 cst. 9, von welcher er auch in den Instit. de pupill. subst. 2, 16 § 1 berichtet. — Sonderbarerweise sprechen Viele, auch Arndts, bloß von „wahnsinnigen" Descendenten. Es gilt von allen Geisteskranken. Justinian spricht von mente captl.

Analogie der Pupillar-Substitution[3]. Man nennt daher diese Substitution Quasipupillar- oder justinianische Substitution oder auch substitutio exemplaris.

Die Grundsätze über sie, die übrigens überaus bestritten sind[4], gehen dahin:

1) Das Recht dazu hat jeder Ascendent ohne Rücksicht auf väterliche Gewalt, also auch ein weiblicher, in Beziehung auf solche Geisteskranke, die zu seinem nächsten intestaterbberechtigten Descendenten gehören[5].

2) Der Ascendent muß über seinen eigenen Nachlaß ein Testament gemacht haben und dem Descendenten wenigstens den Pflichttheil hinterlassen[6].

3) In dem Testamente über den Nachlaß des Geisteskranken kann er über dessen gesammten Nachlaß verfügen (nicht bloß über das Vermögen, das von ihm herrührt). Er ist aber in der Wahl der Erben beschränkt; er muß

a. wenn der Geisteskranke geistesgesunde Descendenten hat, einen oder einige von Diesen oder alle nach seiner Wahl, und

b. wenn er keine solche Descendenten hinterläßt, der Testator aber noch andere Descendenten hat, welche geistesgesund sind, einen oder mehrere von diesen oder alle zu Erben des Kindes ernennen[7].

4) Das (Quasi-Pupillar-) Testament fällt zusammen, wenn der Geisteskranke noch so gesund wird, daß er selbst testiren kann (also auch, wenn er lichte Zwischenräume bekommt)[8].

5) Wie ist es aber, wenn mehrere Ascendenten, deren nächster Intestaterbe der Geisteskranke ist, ihm quasi pupillariter substituiren, z. B. der Vater ein Testament über den gesammten Nachlaß des geisteskranken Sohnes macht, aber auch die Mutter ein solches macht und diese andere Personen als der Vater zu Erben des Geisteskranken einsetzt? Diese Frage wird sehr verschieden beantwortet, da

---

[3] Ad exemplar substitutionis pupillaris.

[4] S. Arndts l. c. in der Anm.

[5] Cst. 9 cit. (»parenti, qui vel quae testatur«).

[6] Cst. 9 cit. — Windscheid Pand. § 560 Note 5.

[7] So lange solche da sind, darf er dem Geisteskranken Niemanden sonst zum Erben setzen. Erst wenn keine solche (a. und b.) da sind, kann er nach Belieben zu Erben des Geisteskranken ernennen, wen er will. Arndts l. c. Note b.

[8] I. l. c.

Justinian[9] gar Nichts darüber sagt. Es wird daher in einem solchen Falle nichts Anderes übrig bleiben, als die verschiedenen Testamente zusammen als Ein Testament zu behandeln, und zwar als ein solches, in welchem der Erblasser zu viele Quoten austheilte[10].

6) Von selbst versteht sich

a. daß, wenn ein geisteskrankes (z. B. blödsinniges) Kind noch unmündig ist und sein Hausvater ihm für den Fall, daß es nach ihm in der Unmündigkeit sterben würde, pupillariter substituirte, diese Pupillar-Substitution, wenn das Kind wirklich nach ihm in der Unmündigkeit stirbt, ausschließlich gilt, also die Quasi-Pupillar-Substitution anderer Ascendenten ausschließt;

b. daß, wenn ein mündiger geistesgesunder Descendent ein gültiges Testament über seinen Nachlaß gemacht hat und er erst nachher geisteskrank wird, sein Testament gültig bleibt und seine Ascendenten ihm gar nicht quasi pupillariter substituiren können[11].

Gemeinschaftliche Testamente.

§ 295.

(Arndts § 500.)

Das Corpus iuris enthält Nichts über gemeinschaftliche Testamente, sog. testamenta simultanea. Aber schon nach römischem Recht und jedenfalls nach deutschem Gewohnheitsrecht hat es keinen Anstand, daß mehrere Personen mit einander testiren können, sei es mündlich (was selten vorkommt) in einem zusammenhängenden Akt vor den 7 Zeugen oder schriftlich in Einem Aufsatz. Nur hat dann jeder der Testirenden Das zu thun, was bei einem Testament der Testirer überhaupt zu thun hat[1].

Solche schriftliche Testamente sind bei uns sehr häufig, besonders unter Ehegatten. Namentlich kommen sie nicht selten als sog. testa-

---

[9] In seiner cst. 9 cit. — Manche wollen dem väterlichen Testamente den Vorzug vor dem mütterlichen, dem der väterlichen Großeltern den Vorzug vor dem der mütterlichen geben (z. B. Windscheid) und bei den mütterlichen Großeltern dem Mann vor der Frau. Allein dafür giebt die cst. 9 cit. gar keinen Anhalt. Andere wollen nach dem Ursprung des Vermögens theilen, was wohl entschieden gegen den Sinn der cst. 9 ist.

[10] Vgl. oben § 290 Nr. IV.

[11] l. quib. non est perm. 2, 12 § 1 a. E.

[1] Doppelter Zeugenaufruf, Unterschrift. Die Zeugen aber haben nicht für jeden Erblasser besonders zu unterschreiben und zu signiren, sondern es genügt durchaus das oben in § 284 Gesagte.

menta reciproca oder mutua vor, wenn die beiden Teſtirer darin einander zu Erben einſetzen; ferner als ſog. testamenta correspectiva, wenn nach dem Willen der Teſtirer beide Teſtamente einander bedingen ſollen, ſo daß z. B. wenn der eine Teſtirer ſein Teſtament widerruft, dadurch auch das andere zuſammenfallen ſoll[2].

Ungültigkeit und Aufhebung letzter Willen.

§ 296.

(Arndts §§ 501—503.)

Ein Teſtament kann[1]

I. von Anfang an nichtig ſein (alſo nichtig errichtet werden)[2]. Iſt dies der Fall, ſo exiſtirt dann eben juriſtiſch gar kein Teſtament; hatte daher der Erblaſſer früher ein an ſich gültiges Teſtament errichtet, ſo kommt dieſes zur Anwendung, weil es durch das ſpätere nichtige nicht aufgehoben werden konnte; hat er aber bloß jenes nichtige hinterlaſſen, ſo kommt es zur Inteſtaterbfolge.

Von Anfang an nichtig iſt ein Teſtament:

1) wenn der Erblaſſer zur Zeit der Teſtamentserrichtung keine testamenti factio activa[3] hatte (nicht teſtirfähig war), z. B. geiſteskrank, impubes, gerichtlich für Verſchwender erklärt war. Das Teſtament bleibt natürlich nichtig, ſollte er auch ſpäter teſtirfähig werden;

2) wenn das Teſtament irgend einen Fehler in der Form hat (z. B. ſtatt 7 Zeugen bloß 6, oder unter den 7 ein Unfähiger zugezogen iſt, eine Unterſchrift, ein Siegel fehlt, es nicht fertig wurde u. dgl.): testamentum iniustum oder non iure factum[4];

3) wenn alle Erbesernennungen (im Teſtamente) ſchon zur

---

[2] Vgl. auch Arndts § 501 bei Anm. 3 u. 4. — Glück Komment. Bd. XXXV S. 50 f.; Göſchen Vorleſungen, Erbrecht S. 301 f. — Das Nähere hierüber gehört in die Vorleſung über deutſches Privatrecht und Partikularrecht.

[1] Abgeſehen von den Fällen, in welchen gegen Notherben gefehlt wurde, über welche das Nähere unten § 323 ff. aufzuführen iſt.

[2] Testamentum nullum, nullius momenti, ſog. urſprüngliche Ungültigkeit. Dieſen Fall übergeht Arndts l. c. ganz. — Die verſchiedenen hierher gehörigen Fälle haben zum Theil noch beſondere Bezeichnungen: non iure factum, irritum ꝛc.

[3] S. oben § 283.

[4] D. de iniusto rupto 28, 3 l. 1. — Auch bisweilen irritum genannt, z. B. I. quib. mod. testam. 2, 17 § 5 i. f. M.

Zeit der Testamentserrichtung ungültig sind, z. B. der einzige ernannte Erbe schon todt war, oder die Erbesernennung in die reine Willkür eines Dritten gesetzt wurde[5];

4) wenn in dem letzten Willen, den der Erblasser als Testament errichten wollte, gar kein Erbe ernannt wurde[6];

5) wenn das ganze Testament oder wenigstens alle Erbeseinsetzungen durch Zwang erwirkt wurden[7].

In den Fällen von Nr. 2—4 kann aber das Testament nach Umständen als Codicill aufrecht erhalten werden durch die Codicillarklausel[8].

II. Ein gültig errichtetes Testament kann durch einen später eintretenden Umstand ungültig werden und zusammenfallen: nachfolgende Ungültigkeit; nämlich

1) dadurch, daß der Erblasser sein Testament später wieder aufhebt: testamentum ruptum. Diese Aufhebung steht ihm ganz frei[9]. Er verliert diese Befugnis auch dann nicht, wenn er im Testament erklärt hatte, er werde es nicht ändern oder aufheben, oder sagte, eine spätere Aufhebung solle Nichts gelten (sog. clausula derogatoria); oder wenn er Jemandem versprochen hatte, es nicht ändern zu wollen, selbst wenn das Versprechen vertragsmäßig gegeben ist[10]. Dies gilt auch bei uns. Zwar behaupten Manche, nach deutschem Recht sei ein solcher Vertrag bindend, weil nach ihm Erbverträge gültig seien. Allein aus dem Letzteren folgt nicht das Erstere. Wenn ich z. B. Jemanden in meinem Testamente zum Erben ernenne und ihm davon sage und dabei verspreche, ich werde es nie ändern und er Dieses acceptirt: so bin ich auch nach deutschem Recht gar nicht daran gebunden, weil ich hier in der Form eines widerruflichen letzten Willens disponirt hatte. Gebunden bin ich nur, wenn ich bei der Erbesernennung selbst die Form des Vertrags wählte, also Jemanden durch einen mit ihm geschlossenen Vertrag zum Erben ernenne[11].

---

[5] Vgl. oben § 287 Nr. 2.
[6] Arndts § 491 Note a.
[7] S. oben § 287 Nr. 1 Lit. c.
[8] S. unten § 314.
[9] S. Arndts § 501 Anm. 1.
[10] Arndts § 501 Anm. 2.
[11] Ganz so auch das Sächsische B. G. B. § 2213. — Über die unrichtige Auffassung des Erbvertrags von Hartmann, welche Arndts § 501 Anm. 5 billigt (Erbvertrag sei ein „vertragsmäßig unwiderrufliches Testament"!), ist das Nähere im deutschen Privatrecht zu entwickeln; s. gegen dieselbe: v. Gerber Deutsches Privatrecht § 257 Note 1; Windscheid Pand. § 529 Note 3.

Ein Testament kann der Testirer widerrufen[12]:

a. direkt, entweder durch absichtliche Vernichtung des Testaments oder wesentlicher Theile desselben, z. B. durch Zerreißen des Testaments oder Streichen der Unterschriften oder Abreißen eines Siegels[13]; oder durch einen wörtlichen Widerruf desselben. Letzterer muß aber geschehen vor Gericht oder vor 3 Zeugen; und dabei gilt noch die sonderbare Beschränkung, daß ein solcher Widerruf nur wirksam ist, wenn von Errichtung des Testaments an 10 Jahre verflossen sind[14].

b. Indirekt, durch Errichtung eines neuen gültigen Testaments; denn es ist durchaus Grundsatz, daß Niemand aus 2 Testamenten, die er gemacht, beerbt werden kann. Das ältere wird durch das jüngere stets aufgehoben. Wenn daher der Erblasser mehrere Testamente hinterließ, und es läßt sich nicht ermitteln, welches das neuere, also das gültige ist: so gilt Keines. Nur wenn der Erblasser erweislich zu gleicher Zeit zwei verschiedene Testamente gemacht hätte: so werden beide in Folge einer Bestimmung des prätorischen Edikts als Ein Testament aufrecht erhalten[15].

Noch weitere Modifikationen des Grundsatzes sind:

aa. Wenn Jemand ein privilegirtes Militärtestament errichten konnte und er errichtete mehrere in der erweislichen Absicht, daß alle gelten sollen, so blieben sie ebenfalls als Ein Testament gültig[16].

bb. Wenn der Erblasser das zweite Testament nur deßhalb machte, weil er irrig glaubte, sein im ersten ernannter Erbe sei gestorben: so bleibt das erste Testament gültig; das zweite gilt Nichts; doch bleiben die im zweiten errichteten Vermächtnisse gültig[17].

cc. Wenn der Erblasser das spätere Testament zerstört in der erklärten Absicht, daß das frühere wieder gelten soll, so kommt dasselbe nach dem prätorischen Edikt wieder zur Gültigkeit[18].

---

[12] Nicht auf jede Weise.

[13] Arndts § 502 Nr. 1.

[14] Gleichgültig ist, wann in diesen 10 Jahren der Widerruf geschah. S. Arndts § 502 Nr. 2. Kaiser Honorius hatte bestimmt, wenn ein Testament bei Lebzeiten des Erblassers 10 Jahre alt werde, so soll es von selbst zusammenfallen. Justinian hob dies mit Recht auf, setzte aber seinen schlechten Gedanken an die Stelle.

[15] S. Arndts § 502 Anm. 3 Lit. b. Bonorum possessio secundum tabulas. D. de bon. poss. s. t. 37, 11 l. 1 § 6.

[16] Arndts l. c. Lit. a.

[17] Arndts Anm. 3 cit. Lit. d.

[18] Arndts l. c. Lit. c.

dd. Ein testamentum imperfectum wird im folgenden Fall aufrecht erhalten. Wenn der Erblasser ein Testament macht und darin seinen nächsten Intestaterben übergeht, dies ihn aber später reut und er ein neues Testament macht, in welchem er seinen nächsten Intestaterben einsetzt, aber dabei nicht alle Testamentsformen einhält, oder an der formellen Vollendung des Testaments gehindert wird, z. B. er stirbt, ehe die Zeugen unterschreiben, aber von wenigstens 5 dabei zugezogenen Zeugen der Inhalt des zweiten Testaments oder die Echtheit der ihnen vorgelegten Urkunde eidlich bezeugt wird: so soll das zweite Testament, das testamentum posterius imperfectum, zwar nicht als Testament gelten, aber doch als Intestat-Codicill[19], und zwar mit der besonderen Wirkung, daß dadurch das frühere Testament rumpirt wird. Es kommen also die Intestaterben zur Intestaterbschaft, müssen aber die im testamentum imperfectum errichteten Vermächtnisse zahlen[20].

2) Dadurch, daß der Erblasser nach errichtetem Testamente die testamenti factio activa verliert, kann das Testament zusammenfallen (testamentum irritum); nach unserem Recht aber nur in einem Falle.

Wenn nämlich der Erblasser zur Zeit der Testamentserrichtung Testirfähigkeit (testamenti factio) hatte, sie aber nachher verliert, so bleibt das Testament in der Regel doch gültig, z. B. wenn er später geisteskrank wird oder als Verschwender unter Kuratel kommt[21]. Es fällt nur dann zusammen, wenn er durch Verlust eines bürgerlichen status die testamenti factio activa verlor (testamentum irritum). Bei den Römern war dies sehr häufig, weil durch capitis deminutio maxima und media die Fähigkeit, ein Testament zu hinterlassen, verloren ging[22]. Dies ist aber bei uns unpraktisch. Bei uns kann ein Testament nur dann wegen Verlusts der testamenti factio (activa) irritum werden, wenn Jemand, der sui iuris ist, ein Testament errichtet und nachher durch Arrogation oder Legitimation

---

[19] Gleichsam präsumirte Codicillarklausel.

[20] Arndts § 502 Anm. 3 a. E. — Vgl. auch noch über diese Fälle oben § 271 Lit. D Nr. II 3. Über Das, was Arndts in der angeführten Anm. 3 unter Lit. e sagt, s. oben § 290 Nr. V 4.

[21] I. quib. non est perm. 2, 15 § 1 a. E. § 2. — Sonst müßte ja auch der Tod das Testament ungültig machen.

[22] S. oben § 283.

in die Gewalt eines Anderen kommt, wodurch ſein Vermögen peculium adventitium wird, über das er ja nach gemeinem Recht kein Teſtament hinterlaſſen kann, und er in dieſer Gewalt ſtirbt. Wird er aber vor ſeinem Tode wieder sui iuris: ſo lebt ſein Teſtament nach einer Beſtimmung des prätoriſchen Edikts wieder auf, wenn er auf irgend eine Weiſe erklärt hat, daß er damit einverſtanden ſei[23].

3) Wenn das Teſtament zwar gültig errichtet wurde, aber Niemand aus demſelben Erbe wird (testamentum destitutum oder desertum), ſo wird es ungültig; alſo wenn die ſämmtlichen eingeſetzten Erben noch vor dem Erblaſſer ſterben, oder wenn ſie bedingt eingeſetzt ſind und vor Eintritt der Bedingung ſterben oder die Bedingung nicht eintritt; oder wenn Alle die Erbſchaft ausſchlagen, oder wenn ſie nach der Delation vor der Antretung ſterben, ohne ihr Recht[24] transmittiren zu können[25].

In einem ſolchen Falle fällt das Teſtament zuſammen nach ſeinem ganzen Inhalt (alſo auch die Vermächtniſſe). Durch die Codicillarklauſel aber kann es als Codicill aufrecht erhalten werden[26].

III. Bloße Anfechtbarkeit des Teſtaments. — Es kann der Fall ſein, daß ein Teſtament ganz gültig errichtet wurde, alſo dadurch ein früheres Teſtament aufgehoben wird, es aber wegen eines Mangels angefochten (reſcindirt) werden kann, d. h. gewiſſe Perſonen das Recht haben, es durch eine Klage anzufechten und umzuſtoßen, ſo daß es gültig bleibt, wenn dieſe Perſonen von ihrem Recht keinen Gebrauch machen. Es können dann Diejenigen, welche nach dem Wegfall des Eingeſetzten die Nächſtberufenen ſein würden, die Dispoſition anfechten und umſtoßen. Dieſes kommt aber nur vor bei Irrthum und Betrug und in einem Falle der querela inofficiosi testamenti[27].

Ein nichtiges Teſtament kann nicht gültig werden durch Anerkennung der Inteſtaterben. Es exiſtirt ja juriſtiſch Nichts, das ſie anerkennen konnten.

---

[23] Arndts § 503 Note c. d. [24] Nach § 299.
[25] Arndts § 503 Nr. 2.
[26] S. unten § 314. — Und in dem bei Arndts § 553 Nr. 5 bemerkten Falle werden die im Teſtament errichteten Vermächtniſſe (auch ohne Codicillarklauſel) erhalten.
[27] Oben § 287 Nr. 1 Lit. a u. b. Arndts § 605. Hierüber ſ. die Lehre von der Notherbfolge unten § 328.

Zeitpunkt der Delation der Teſtamentserbſchaft.

§ 297.

(Arndts § 505.)

Den im Teſtament berufenen Erben wird die Erbſchaft deferirt, ſobald der Erblaſſer geſtorben iſt; wenn ſie aber unter einer Suspenſivbedingung eingeſetzt ſind und dieſe noch nicht eingetreten iſt: erſt an dem Tage des Eintritts der Bedingung[1]. Deßhalb wird auch dem Vulgar-Subſtituten die Erbſchaft erſt deferirt, wenn der institutus, dem er ſubſtituirt iſt, weggefallen iſt[2].

Wir nennen Denjenigen, dem eine Erbſchaft deferirt iſt, den Delaten. Der Zeitpunkt der Delation iſt ſehr wichtig; denn nur ein Delat kann die Erbſchaft erwerben. Wenn daher der eingeſetzte Erbe den Zeitpunkt der Delation nicht erlebt: ſo iſt die Erbſchaft unbedingt für ihn vereitelt und auch ſeine Erben bekommen Nichts; und das Gleiche gilt, wenn er zwar die Delation erlebt, aber vor der Antretung ſtirbt, falls er nicht ſein Antretungsrecht auf ſeine Erben transmittiren kann[3].

---

[1] Arndts l. c. Note a. Oben § 291 Nr. I. Vgl. auch unten § 298 Nr. IV.

[2] Wenn ein praecedens postumus praeteritus zu erwarten iſt, ſo ſagt l. 84 D. de adq. hered. 29, 2: es werde dem Nachfolgenden nicht deferirt, die l. 30 § 1 eod. ſagt aber bloß: er könne vorläufig nicht antreten.

[3] Über das Letztere und über das von Arndts l. c. bei Note c Geſagte, ſ. unten § 299.

Über den Zeitpunkt der Delation der Inteſtaterbſchaft ſ. oben § 275.

Über die Eröffnung und Vollziehung letzter Willen ſ. Arndts § 504. Windſcheid Pand. § 567. — Jeder, welcher ein Intereſſe beſcheinigen kann, kann nach des Erblaſſers Tod Eröffnung des ſchriftlichen letzten Willens verlangen (D. testam. quemadm. 29, 3 l. 1 pr., l. 2 § 4, l. 8 pr.). Sie geſchieht nach einer Vorſchrift des römiſchen Rechts von der Obrigkeit, wo möglich in Gegenwart der Teſtamentszeugen (l. 4—7 eod.). Bei mündlichen letzten Willen müſſen natürlich die Zeugen über den Inhalt vernommen werden.

Verweigert der Inhaber des Teſtaments deſſen Vorlage zum Zweck der Eröffnung, ſo kann jeder Intereſſent mit einem interdictum de tabulis exhibendis ihn dazu zwingen. D. de tab. exhib. 43, 5 l. 1.

Zweiter Unterabschnitt.

Die Erwerbung und Ablehnung der Erbschaft.

Erstes Kapitel. Erwerb und Ablehnung überhaupt.

§ 298.

(Arndts §§ 506—511.)

Wenn Jemandem eine Erbschaft deferirt ist, sei es in Folge eines Erbvertrags oder eines Testaments oder durch Intestaterbfolge[1], so ist es

I. Regel, daß ihm die Erbschaft nicht aufgezwungen wird, weil mit der Erbschaft auch Schulden übernommen werden. Es kommt ganz auf ihn an, ob er sie annehmen will; der Erbe ist in der Regel voluntarius heres (im Gegensatz zum necessarius, s. Nr. VII); erst durch die Erklärung, daß er sie annehmen wolle (Erbschaftsantritt, hereditatis aditio im weiteren Sinn) erwirbt er sie, d. h. wird er nun wirklicher Erbe und geht die Erbschaft (ganz oder zu einer Quote) in sein Vermögen über. Dieser Erbschaftsantritt bedarf keiner besonderen Form; er kann geschehen

a. durch jede nachweisbare in irgend einer Weise ausgesprochene ausdrückliche Erklärung (hereditatis aditio im engeren Sinn).

Kann man eine Erbschaft durch einen Beauftragten antreten lassen? Die hereditas (die Civilerbschaft) konnte durch einen Beauftragten nach römischem Recht nicht angetreten werden, wenigstens nicht nach dem älteren römischen Recht (D. de adq. vel om. her. 29, 2 l. 90; de domin. 41, 1 l. 54 pr.), was theils mit der Form der alten hereditatis aditio, theils mit dem Ausschluß der Stellvertretung bei juristischen Akten zusammenhing. Als in der Natur des Verhältnisses liegend aber sah es die römische Jurisprudenz nicht an; dies ergiebt sich daraus, daß eine bonorum possessio per procuratorem erworben werden konnte (D. de bon. poss. 37, 1 l. 3 § 7 l. 16, aber freilich mit Ratihabition innerhalb der Frist). Da nun bei uns überall Stellvertretung zulässig ist, wo sie durch die Natur des Verhältnisses nicht ausgeschlossen erscheint: so muß man behaupten, daß man durch einen Beauftragten wohl eine Erbschaft antreten kann (Arndts § 508 Anm. 2).

Viele behaupten, die Frage sei gar nicht praktisch; denn wenn ich Jemandem den Auftrag gebe, den Interessenten zu erklären, daß ich die Erbschaft annehmen wolle, so habe ich sie dadurch schon angenommen und erworben. Dies ist aber ganz falsch. In einem solchen Fall will ich nicht sofort, sondern erst durch die abgegebene Erklärung des Mandatars antreten; ich kann also das Mandat widerrufen, ehe er die Erklärung gegeben hat; ich kann ihm das Mandat mit Bedingung geben, so daß er die unbedingte Erklärung erst geben soll, wenn die Bedingung eingetreten sei (bedingt antreten kann ich nicht); und sterbe ich,

[1] S. oben § 273.

ehe der Prokurator die Erklärung abgiebt, so kann er sie nicht mehr abgeben, und ich habe nicht angetreten.

Etwas Anderes wäre es, wenn ich durch einen Brief oder einen Boten die Erklärung gab. Hier habe ich im Augenblick der von mir abgegebenen Erklärung angetreten.

b. durch eine stillschweigend ausgesprochene, indem man Handlungen vornimmt, in welchen die Absicht, Erbe sein zu wollen, unverkennbar ausgedrückt wird: pro herede gestio[2].

Der Delat muß aber wissen, daß und auf welchen Grund ihm die Erbschaft deferirt ist, ob ex testamento oder ab intestato, und die Erbschaft unbedingt und gerade so annehmen, wie sie ihm deferirt ist; sonst ist die Antretung unwirksam[3].

II. Durch die Annahme einer Erbschaft kontrahirt man auch Verbindlichkeiten; man erbt auch die Schulden des Erblassers und muß die auferlegten Vermächtnisse zahlen. Deßhalb kann ein voluntarius heres oder (wie er auch im Gegensatz zu den sui heredes. Nr. VII, genannt wird, ein) extraneus heres, eine Erbschaft selbständig nur annehmen, wenn er verpflichtungsfähig ist; ein Minderjähriger daher und ein prodigus kann nur mit Zustimmung seines Vormunds eine Erbschaft antreten[4].

III. Zur Erwerbung der Erbschaft des voluntarius heres ist der Wille der Hauptperson, also des berufenen Erben erforderlich. Deßhalb konnte ein Willensunfähiger eine Erbschaft nicht erwerben; nicht durch sich selbst: weil er keinen Willen hat; und nicht durch seinen Vormund, weil dieser nicht die Hauptperson ist. Doch traten hierin allmählich im römischen Recht folgende Milderungen ein:

1) Juristische Personen können durch ihre Vertreter Erbschaften erwerben[5].

2) Für einen infans kann sein väterlicher Ascendent[6] oder sein tutor antreten[7]; für einen impubes infantia maior konnte (bloß) eine bonorum possessio von seinem tutor agnoscirt werden[8].

---

[2] I. de hered. qualit. 2, 19 § 7. Arndts § 507 bei und in Anm. 2 und § 508 Note a—c. — Über die in Anm. 1 (Arndts § 508) berührte agnitio bonor. poss. s. oben § 271 Lit. D Nr. II 3.

[3] Arndts § 507 Note a—c; D. de adq. her. 29, 2 pr.; vgl. Baugerow Pand. § 498 S. 334 f.

[4] Arndts § 506 Note d. e und Anm. 3, und auch oben § 266.

[5] Arndts § 508 Note d.

[6] Nicht bloß Hausvater, vgl. Cod. de iure del. 6, 30 cst. 18 § 3 a. E.

[7] Cod. cst. 18 cit.

[8] D. de bon. possessionib. 37, 1 l. 7 § 1, l. 8, 11.

Weiter aber ging das römische Recht nicht. Es konnte daher ein infantia maior eine Civil-Erbschaft bloß erwerben, indem er selbst seinen Willen unter Zustimmung des Vormunds erklärte: der Vormund allein konnte für ihn nicht antreten[9]. Wenn daher einem Geisteskranken, der infantia maior oder gar noch älter ist, eine Erbschaft deferirt wird, so kann er sie (außer im Falle von Nr. VII) nach römischem Recht gar nicht erwerben, da er selbst keinen Willen hat und ein Vormund für ihn nicht antreten kann[10]. Justinian aber gestattete wenigstens, daß der curator des Geisteskranken sich für den Geisteskranken durch den Richter vorläufig in Besitz und Verwaltung der Erbschaft einweisen lassen darf, um aus den Einkünften die Alimente für den furiosus zu bestreiten: missio in possessionem furiosi nomine. Wird nun der Kranke später geistesgesund, so kann er die Erbschaft selbst antreten; schlägt er sie aber aus oder stirbt er in der Geisteskrankheit, so fällt die Erbschaft an die Personen, die zur Zeit des Todes des Erblassers dessen nächste Erben gewesen sein würden[11].

In manchen Gebieten Deutschlands aber nimmt die gemeinrechtliche Praxis an, daß überhaupt eine Erbschaft, welche einem unter Vormundschaft Stehenden deferirt ist, auch durch den Vormund allein für den Mündel (ohne dessen Zuthun) angetreten werden kann[12]. Hieraus würde dann aber folgen, daß die bloß provisorische missio in possessionem furiosi nomine nicht mehr nöthig ist, da der Vormund für seinen geisteskranken Mündel wirklich erwerben und antreten könnte.

IV. In der Zeit der Antretung sind die berufenen Erben in der Regel nicht beschränkt; sie können

1) die Erbschaft sofort antreten, sobald sie Nachricht von der Delation haben; hiervon giebt es nur zwei Ausnahmen, in welchen sie durch das Gesetz gehindert sind, anzutreten, sie aber, wenn sie während der Dauer dieses gesetzlichen Hindernisses sterben, ihr Antretungsrecht auf ihre Erben transmittiren[13]. Diese gesetzlichen Hindernisse der Antretung sind:

---

[9] S. die Stellen bei Arndts § 508 Note e.

[10] D. de adquir. her. 29, 2 l. 63; de bon. poss. furiosi 37, 3 l. 1; Cod. d. curator. fur. 5, 70 cst. 7 § 3.

[11] Cod. l. c. cst. 7 § 3. 7. 8 und Arndts § 538.

[12] Daß also das bei Arndts in § 508 Nr. 2 (im Text) Gesagte gelte.

[13] Nach unten § 299.

a. wenn zur Zeit des Todes des Erblassers einem oder einigen Erben die Erbschaft deferirt ist, aber noch ein *postumus* des Erblassers erwartet wird (z. B. er hinterläßt eine schwangere Frau oder Schwiegertochter), und zwar ein solcher postumus, welcher wenn er lebend zur Welt kommt, jenen Erben vorgehen würde: so können sie nicht antreten, bis über die Geburt entschieden ist[14]. Wohl aber können sie natürlich zu ihrem Theile antreten, wenn sie jedenfalls *mit* dem postumus berufen sein würden; z. B. der Erblasser stirbt ohne Testament und hinterläßt 2 Söhne, die nicht mehr in seiner Gewalt sind (nicht sui), und eine schwangere Frau. Hier können die Söhne sofort die Intestaterbschaft antreten, weil der postumus, auch wenn er lebend geboren wird, sie nicht ausschließt[15]. Nur müssen für den postumus, da die Frau möglicherweise Mehrere gebären kann, drei Portionen aufgehoben werden[16].

b. Wenn einem *angeblichen Kinde* des Erblassers die provisorische bonorum possessio[17] ertheilt wird, so können die nach diesem Kinde zunächst berufenen Erben die Erbschaft so lange nicht antreten, bis der Erbschaftsstreit erledigt ist[18].

2) Der Delat kann *antreten, wann* er will. Das Antretungsrecht verjährt nicht. Nur

a. wenn ihm vom Erblasser im Testament eine Frist zur Antretung gesetzt wurde, bekommt er die Erbschaft nicht, wenn er die Frist verstreichen läßt[19]. Ferner

b. wenn er von Interessenten, z. B. von Gläubigern des Erblassers, oder seinem Substituten (oder einem Vermächtnisnehmer ꝛc.) zur Erklärung gedrängt wird, so muß er sich innerhalb einer gewissen Frist erklären[20].

---

[14] D. de adquir. her. 29, 2 l. 30 § 1. 2. Z. B. R. hinterläßt seine Frau, die sich für *schwanger* ausgiebt und einen Bruder; ist sie *nicht* schwanger, so wird dem Bruder die Erbschaft deferirt; da man dies aber noch nicht weiß, so muß er die Antretung verschieben.

[15] Wären sie noch in der Gewalt des Erblassers gestanden, so würden sie als sui ipso iure ihre Erbtheile erwerben.

[16] D. si pars heredit. pet. 5, 4 l. 3—5. *Arndts* § 532 bei Note f u. g. — Es kann sich auch von zwei zugleich Schwangeren handeln, z. B. Frau und Schwiegertochter (nach dem Tode des Sohnes). *Arndts* l. c.

[17] S. *Arndts* § 537 (ex *Carboniano* edicto, wenn einem unmündigen Kinde die Kindschaft bestritten wird).

[18] D. de Carbon. ed. 37, 10 l. 12.

[19] *Arndts* § 509 Note a.

[20] Hierüber und über *Arndts* § 509 Nr. 2—4 s. unten § 304 Nr. III.

c. Auch muß er, wenn er ſich das beneficium inventarii ſichern will, innerhalb einer gewiſſen Zeit antreten[21].

V. Hat der Berufene die Erbſchaft angenommen, ſo muß er ſie mit allen Schulden[22] behalten; außer er hätte einen geſetzlichen Reſtitutionsgrund, aus welchem er Reſtitution gegen die Annahme verlangen kann. Wird er dann reſtituirt, ſo hört er auf, Erbe zu ſein und ſeine Erbs-Portion kommt dann an die nach ihm oder mit ihm Berufenen, z. B. an ſeinen Subſtituten[23]. Solche hier anwendbare Reſtitutionsgründe aber ſind bloß: Minderjährigkeit[24] und Zwang[25]; nicht aber Irrthum und Betrug, denn wegen bloßen Irrthums (z. B. wenn man die Erbſchaft antrat, weil man ſie irrig für reich hielt) wird man nicht (gegen die Antretung) reſtituirt, da der Irrthum kein allgemeiner Reſtitutionsgrund iſt; auch hätte ſich der Irrende gegen Nachtheile durch das beneficium inventarii[26] ſchützen können[27].

Das Gleiche iſt der Fall bei einer durch Betrug bewirkten Antretung; nur kann der Betrogene gegen den Betrüger auf Erſatz klagen[28].

VI. Eine deferirte aber noch nicht angenommene Erbſchaft kann man jederzeit ausſchlagen, und zwar durch jede formloſe Erklärung: daß man die Erbſchaft nicht wolle (repudiatio hereditatis[29]); dadurch verliert man ſofort das Recht, ſie zu erwerben, außer man hätte einen allgemeinen Reſtitutionsgrund (Nr. V a. E.), aus dem man ſich gegen die repudiatio in integrum reſtituiren laſſen kann[30]. Bei Solchen, die unter Vormundſchaft ſtehen, wird zur

---

[21] S. unten § 304. Nr. III a. E.

[22] Auch wenn ſie die Aktiva überſchreiten.

[23] Arndts § 519 Note a—f. Wenn kein Subſtitut da iſt: an ſeine Miterben; ſind keine da: ſo fällt das Teſtament (destitutum) zuſammen und es tritt Inteſtaterbſchaft ein.

[24] Arndts § 119.

[25] Arndts § 121 (eine durch Drohung erzwungene Antretung). Vgl. D. de adq. her. 29, 2 l. 85.

[26] S. unten § 304 Nr. III.

[27] Vgl. Savigny Syſt. Bd. III S. 383.

[28] D. de dolo 4, 3 l. 40. S. auch die Lehre von der restitutio in integrum, oben § 114 Nr. IV u. V (Th. I S. 579 ff.).

[29] Arndts § 510.

[30] Hatte inzwiſchen, vor der Reſtitution, ein anderer Erbe, z. B. Subſtitut, Miterbe, den ausgeſchlagenen Theil erworben, ſo verliert er ihn wieder durch die Reſtitution des Ausſchlagenden (ſ. auch Arndts § 520 Note c).

Gültigkeit der Ausschlagung, wie zu der Annahme der Erbschaft, Zustimmung des Vormunds erfordert[31]. —

Nach römischem Recht kann man aber eine Erbschaft gültig nur ausschlagen, wenn sie uns bereits deferirt ist; ein Verzicht vor der Delation war null und nichtig[32]. Davon weicht aber das deutsche Recht ab. Wenn nämlich Jemand Aussicht hat, künftig einen Andern zu beerben und durch Vertrag mit einem Betheiligten auf diese mögliche künftige Erbschaft verzichtet, z. B. die Tochter erklärt dem Vater, sie verzichte auf ihr Erbrecht an ihn zu Gunsten ihrer Brüder: so ist ein solcher Erbverzicht nach deutschem Recht gültig[33].

VII. Von der Regel unter I machen eine Ausnahme die necessarii heredes[34]. Necessarius heres heißt ein Solcher, welcher durch die Delation sofort von selbst und mit Nothwendigkeit die Erbschaft erwirbt. Dieses waren nach römischem Recht:

1) die Sklaven des Erblassers, wenn er sie zu seinen Erben einsetzte[35]; sie hießen necessarii schlechtweg, weil sie nicht nur die Erbschaft von selbst erwarben, sondern auch sich von ihr nicht mehr losmachen konnten[36];

2) die sui heredes (oder: sui et necessarii heredes), d. h. die zur Erbschaft berufenen Hauskinder des Erblassers (s. unten a und b). Das, was von diesen nach römischem Recht galt, gilt auch gemeinrechtlich bei uns. Wenn nämlich einem suus heres die Erbschaft seines Hausvaters deferirt wird, so erwirbt er sie[37] im Moment der Delation (ipso iure, ignorans et invitus). Deßhalb erwirbt auch ein willensunfähiger suus, ein infans, ein Geisteskranker, den ihm deferirten väterlichen Nachlaß von selbst[38]. Dieses konnte aber zu großen Härten führen, wenn die Erbschaft überschuldet ist. Deßhalb führte das prätorische Edikt für die sui heredes das beneficium abstinendi ein, d. h. sie, und nach ihrem Tode auch ihre Erben[39], können durch die einfache Erklärung: die Erbschaft des Haus-

[31] Cod. de repud. her. 6, 31 cst. 5.
[32] Arndts § 510 Note b u. f.
[33] Das Nähere darüber gehört in das deutsche Privatrecht, vgl. v. Gerber l. c. § 274.
[34] S. Arndts § 511.
[35] Früher mußte dies geschehen »cum libertate«; Justinian bestimmte, daß sich die libertas dabei von selbst verstehe.
[36] I. de hered. qualit. 2, 19 § 1.
[37] Sie ist gleichsam Familienvermögen.
[38] Arndts § 511 Note a. [39] Arndts l. c. Note g.

vaters nicht behalten zu wollen, sich von der Erbschaft wieder losmachen[40], außer sie hätten sich bereits in die Erbschaft immiscirt gehabt, d. h. auf irgend eine Weise zu erkennen gegeben, daß sie die Erbschaft behalten wollen, oder sie hätten Etwas von der Erbschaft unterschlagen[41]. Macht ein suus heres nun Gebrauch von dem beneficium (abstinendi): so gilt er zwar nach dem Civilrecht noch als Erbe[42]; allein praktisch wird er doch so behandelt, als ob er gar nicht Erbe geworden wäre, und es treten nun Diejenigen als Erben an seine Stelle, welche berufen worden wären, wenn er seine Portion gar nicht erworben haben würde[43]. Das Gleiche gilt auch, wenn er sich in die Erbschaft immiscirte, aber gegen die Einmischung aus einem der unter V. angeführten Gründe in integrum restituirt wird[44].

Übrigens ist durch das von Justinian eingeführte beneficium inventarii dem suus heres das ius abstinendi eigentlich gar nicht mehr nöthig[45].

Sui heredes mit den angeführten Wirkungen sind diejenigen in der väterlichen Gewalt des Erblassers[46] befindlichen Descendenten, welchen seine (durchaus väterliche) Erbschaft deferirt wird, also:

a. diejenigen Descendenten des Erblassers, welche zur Zeit seines Todes unmittelbar (vgl. unten Lit. b.) in seiner väterlichen Gewalt standen, also durch seinen Tod von der Gewalt frei (sui iuris) werden; ferner diejenigen, die zur Zeit seines Todes schon gezeugt waren und nach ihrer Geburt unmittelbar in seiner Gewalt gestanden wären, wenn er ihre Geburt erlebt hätte: postumi sui. Diese sui[47] sind auf die angegebene Weise seine necessarii heredes, mögen sie von ihm im Testament zu Erben eingesetzt sein oder ihn ab intestato beerben[48].

b. Descendenten, welche zur Zeit des Todes des Erblassers bloß

---

[40] Minderjährige mit Zustimmung ihres Vormunds.

[41] Arndts § 511 zweiter Absatz. — D. h. t. 29, 2 l. 71 § 3—9.

[42] Eine Folge davon ist das bei Arndts § 511 bei Note p Gesagte: wenn das Testament dadurch destitut wird, bleibt sein übriger Inhalt, der nicht diese Erbschaft betrifft (z. B. Pupillarsubstitution, Ernennung von Vormündern, — nicht aber Vermächtnisse —) in Kraft.

[43] Arndts § 511 Note l—m Anm. 5 und 6.

[44] Arndts § 519 Note a und b. [45] S. unten § 304 Nr. III 2 a.

[46] Also bloß eines männlichen Erblassers.

[47] Manche nennen sie unmittelbare sui.

[48] I. de hered. qual. 2, 19 § 2; de hereditat. quae ab int. 3, 1 § 2, 3, 7, 8. Arndts § 511 Note a.

mittelbar in ſeiner Gewalt ſtanden, z. B. Enkel aus einem Sohn des Erblaſſers, die er mit dem Sohne in der Gewalt hat (was bei uns höchſt ſelten vorkommt[49]), werden bei der Inteſtaterbfolge von der großväterlichen Erbſchaft durch ihren noch lebenden Vater ausgeſchloſſen; aber wenn der Großvater ſie in ſeinem Teſtament zu Erben ernennt (neben ihrem Vater, oder ihren Vater exherebirt), ſo ſtehen ſie den suis darin gleich, daß auch ſie die Erbſchaft von ſelbſt im Momente der Delation erwerben mit dem ius abstinendi, und auch von ihnen gilt das unter Nr. VII (im Anfang) Ausgeführte[50].

5) Die sui erwerben die hausväterliche Erbſchaft dann nicht ipso iure, wenn der Hausvater ſie zu Erben einſetzt mit dem Beiſatz: falls ſie wollen. Dadurch macht er die Erwerbung der Erbſchaft von ihrem Willen abhängig und ſie können dann die Erbſchaft nur mit ihrem Willen, alſo durch Antretung erwerben[51].

Zweites Kapitel. Die Transmiſſion einer Erbſchaft.

§ 299.

(Arndts §§ 512—516.)

Über die Frage, in wie fern wir Rechte oder Hoffnungen auf eine Erbſchaft auf Andere, namentlich auf unſere Erben übertragen, was wir durch transmissio im weiteren Sinn bezeichnen, gilt Folgendes:

A. Wenn die Erbſchaft Jemandem noch gar nicht deferirt iſt und er ſtirbt, z. B. wenn er vor dem Erblaſſer oder während des Schwebens der Bedingung, unter der er eingeſetzt iſt, ſtirbt: ſo iſt er ſtets ſo zu behandeln, als ob er nie exiſtirt habe. Er trägt alſo ſeine Hoffnung auf die Erbſchaft nicht auf ſeine Erben über[1].

B. Wenn die Erbſchaft Jemandem bereits deferirt iſt, aber er

---

[49] Vgl. oben § 250 Nr. II 3.

[50] S. Arndts § 511 Note b. — Manche nennen ſie mittelbare sui.

[51] Arndts § 511 Note d.

[1] Grundſatz: eine gar nicht deferirt geweſene Erbſchaft kann Derjenige, welcher bloß Ausſicht auf die Erbſchaft hatte, niemals auf einen Anderen transmittiren (hereditas nondum delata nunquam transmittitur in heredes).

ſchlägt ſie aus: ſo wird dadurch die geſchehene Delation wieder aufgehoben: die Erbſchaft iſt für ihn und ſeine Erben verloren, außer er könnte ſich gegen die Ausſchlagung reſtituiren laſſen[2]. Nur in einem Falle geht hier das Antretungsrecht des Ausſchlagenden auf einen Andern über, nämlich wenn ein verpflichtungsfähiges Hauskind eine ihm deferirte Erbſchaft eines Dritten ausſchlägt; hier kann dann ſein Hausvater ſie für ſich antreten und behalten[3].

C. Wenn eine Erbſchaft Jemandem deferirt iſt, aber er ſtirbt, ehe er ſich über die Annahme der Erbſchaft erklärt hat[4], ſo gilt Folgendes: das Recht eine deferirte Erbſchaft anzutreten, iſt ein Perſonenrecht[5]; es iſt daher nicht veräußerlich[6] und auch in der Regel nicht vererblich[7]. Nur Der kann eine Erbſchaft erwerben, dem ſie deferirt iſt. Es gilt ſomit der Grundſatz[8]: Eine deferirte, aber nicht erworbene Erbſchaft kann der Delat nicht auf Andere, namentlich nicht auf ſeine Erben transmittiren[9].

Dieſe Regel hat aber eine Reihe von Ausnahmen, in welchen der Delat, wenn er vor der Antretung ſtirbt, ſein Antretungsrecht bald auf ſeine Erben, bald auf eine andere Perſon transmittirt und dann dieſe in ſein Recht, die anzutretende Erbſchaft zu erwerben, eintreten. Wir bezeichnen dieſe Fälle durch Transmiſſionen im engern und eigentlichen Sinn[10]. — Dieſe Transmiſſionen im engern Sinn ſind:

I. ein Fall, in welchem der Delat das Recht, die ihm deferirte Erbſchaft anzutreten, auf eine beſtimmte Perſon überträgt, mag ſie ſein Erbe werden oder nicht; nämlich wenn einem infans eine Erbſchaft (oder Erbtheil), z. B. die ſeiner Mutter, deferirt wird und er noch in der infantia ſtirbt (ohne daß ſein Hausvater für ihn angetreten hat), ſo kann ſein Vater[11] dieſe Erbſchaft für ſich antreten und be-

---

[2] S. oben § 298 Nr. VI. [3] Arndts § 512 Note c.
[4] Auf dieſen Fall beziehen ſich die Transmiſſionen.
[5] Vgl. oben § 269 Lit. A Nr. III 2. [6] S. Arndts § 512 Anm. 1.
[7] Es iſt ein ſog. ius personalissimum.
[8] Anders nach dem B. G. B. f. d. K. Sachſen (§ 2010); hier iſt die Transmiſſion Regel.
[9] Hereditas delata sed non adquisita non transmittitur in heredes. Cod. de cad. toll. 6, 51 cst. un. § 5, 13; D. de bonor. poss. 37, 1 l. 3 § 7.
[10] D. h. Übergang des Rechts, eine deferirte Erbſchaft zu erwerben, auf Andere, ſo, als ob ſie ihnen ſelbſt deferirt geweſen wäre.
[11] Auch wenn das Kind nicht in ſeiner Gewalt iſt, z. B. emancipirt.

halten: ſog. transmissio ex capite infantiae oder ex iure patris[12].

II. Ein Fall, in welchem der Delat ſein Antretungsrecht auf ſeine Erben überträgt, aber nicht auf jeden Erben, ſondern nur auf gewiſſe Erben. Dies iſt die ſog. transmissio Theodosiana sive ex iure sanguinis. Eine lex Iulia et Papia Poppaea beſtimmte unter Anderem: wenn im Teſtament eingeſetzte Erben nach dem Erblaſſer, aber noch vor Eröffnung des Teſtaments, ohne angetreten zu haben, ſterben, ſo falle in der Regel ihr Erbtheil als caducum an den Fiskus[13], und deßhalb verbot ſie den Erben, vor der Eröffnung des Teſtaments die Erbſchaft anzutreten. Von dieſer Caducität aber machte Theodoſius II. für die Deſcendenten des Erblaſſers eine Ausnahme. Er beſtimmte[14], daß, wenn ein Aſcendent, ſei es ein männlicher oder weiblicher, leibliche Deſcendenten (einen oder mehrere) zu Erben ernennt und dieſe nach ihm, aber noch vor der Eröffnung des Teſtaments ſterben, nun ihr Antretungsrecht auf ihre Deſcendenten übergehen ſoll, wenn dieſe ſie beerben; alſo nicht auf ihre Erben überhaupt[15]. Zwar hob Juſtinian die lex Iulia über die caduca auf, alſo auch das angeführte Verbot[16]. Allein er ließ doch die transmissio Theodosiana beſtehen[17], weil ſie für die Deſcendenten des weggefallenen Erben immerhin noch in manchen Fällen von Intereſſe ſein könnte[18]. Dieſe Transmiſſion tritt aber nur in dem vorhin näher bezeichneten Falle ein, alſo wenn der ein-

---

[12] Arndts § 513 Note a und b. Nur iſt es falſch, wenn Arndts (in der zweiten Periode des § 513 nach Note b) mit Manchen dieſe ſinguläre Beſtimmung auch auf den Fall ausdehnen will, wenn einem erwachſenen Hauskind, das abweſend oder geiſteskrank iſt, die Erbſchaft deferirt wurde. Denn Singularitäten darf man nicht analog ausdehnen; die Stelle der Note c aber enthält nicht das geringſte Argument dafür.

[13] Bei mehreren Erben wurde der Erbtheil des Ausfallenden (wenn ſie nicht einander ſubſtituirt waren) caducum.

[14] In der bei Arndts § 514 Anm. 1 abgedruckten cst. un. Cod. de his qui ante apert. tab. heredit. transmittunt 6, 52.

[15] Sehr beſtritten und nicht unzweifelhaft iſt, ob die Deſcendenten nur eintreten, wenn ſie Erben des Weggefallenen geworden ſind. Bangerow im Archiv für civiliſtiſche Praxis Bd. XXV S. 472 ff. verneint es; richtiger aber iſt es, die Frage mit Windſcheid Pand. § 600 Note 9 zu bejahen.

[16] Cod. de cad. toll. 6, 51 cst. un. § 1 u. 5. Es kann daher ein eingeſetzter Erbe nun auch vor der Eröffnung des Teſtaments antreten.

[17] Cod. § 5 cit.

[18] Der eingeſetzte Erbe wird, vor Eröffnung des Teſtaments anzutreten, wenn gleich nicht mehr rechtlich, aber doch meiſt faktiſch gehindert ſein.

gesetzte Descendent nach dem Erblasser vor Eröffnung des Testaments stirbt und von leiblichen Descendenten beerbt wird[19].

III. Fälle, in welchen der Delat sein Antretungsrecht auf alle seine Erben, wer sie auch sein mögen, transmittirt, so daß diese die ihm deferirt gewesene Erbschaft für sich antreten und erwerben können; aber natürlich nur dann, wenn sie wirklich Erben des Delaten geworden sind. Diese Fälle sind:

1) die sog. transmissio ex capite restitutionis in integrum[20]. Diesem Fall aber geben Manche[21] einen viel zu weiten Umfang.

Wenn nämlich der Delat verhindert war, anzutreten, und darüber stirbt, so transmittirt er sein Antretungsrecht auf seine Erben:

a. wenn gewisse rechtliche Hindernisse die Antretung verhinderten[22];

b. wenn das Hindernis ein bloß faktisches war: nur dann, wenn der Delat in Staatsangelegenheiten abwesend und dadurch abgehalten war, anzutreten und deßhalb ohne angetreten zu haben stirbt; hier können seine Erben die ihm deferirte Erbschaft für sich antreten[23].

2) Justinian endlich führte noch eine sehr umfassende Transmission ein, sowohl bei der Testaments- als bei der Intestaterbfolge[24]: die sog. transmissio Iustinianea sive ex iure deliberandi[25]. Sie geht dahin:

---

[19] Übrigens ist Einzelnes dabei sehr bestritten, s. Arndts § 514 Anm. 3. Von den in dieser Anm. aufgeworfenen Fragen sind die unter a, b, d und e zu verneinen und die unter c dahin zu beantworten, daß das Gesagte auch gilt, wenn der Weggefallene allein (ex asse) zur Erbschaft berufen war; in dem unter f angeführten Falle gilt das später unter D. zu Bemerkende.

[20] Arndts § 516.

[21] Auch Arndts l. c. Vgl. besonders Mühlenbruch Fortsetzung von Glück Komment. Bd. XLIII S. 157 f., 165 f., 179 f.

[22] Nämlich die oben § 298 Nr. IV 1 angeführten. Vgl. Arndts § 516 Note c.

[23] Arndts § 516 Note b; Cod. de restit. milit. 6, 51 cst. 1. Dieses singuläre Recht darf man aber nicht, wie es Manche (auch Arndts, und Windscheid Pand. 600 bei Note 17) wollen, auf Fälle ausdehnen, in welchen der Delat durch andere faktische Hinderniſſe an der Antretung gehindert war, z. B. wenn er in Privatangelegenheiten abwesend war und deßhalb Nichts von der Delation erfuhr und stirbt, ohne angetreten zu haben. In solchen Fällen kann der Delat nur dann transmittiren, wenn der Fall zur transmissio Iustinianea (s. unten Nr. 2) geeignet ist. S. besonders Bangerow im Archiv für civilistische Praxis Bd. XXIV S. 180 ff. und Mühlenbruch l. c. S. 182 f.

[24] In Cod. de iure delib. 6, 30 cst. 19; vgl. auch Cod. de cad. toll. 6, 51 cst. un. § 5.

[25] Arndts § 515.

a. wenn der Delat von der Delation Kenntnis erhalten hat, er aber, ohne über die Antretung sich entschieden zu haben, stirbt und zwar innerhalb eines Jahres von dem Tag der erlangten Wissenschaft von der Delation, so können seine Erben in der von diesem Jahr noch übrigen Zeit die ihm deferirte Erbschaft für sich antreten und erwerben[26]. Hatte der Delat sich eine Deliberationsfrist geben lassen[27] und er stirbt während des Laufes dieser Frist, so können seine Erben in der Zeit, die von der Frist noch übrig ist, die ihm deferirte Erbschaft für sich antreten; nur muß er noch innerhalb eines Jahres von Kenntnis der Delation an gestorben sein. Denn, stirbt er nach diesem Jahr, so transmittirt er nicht, sollte auch jene Deliberationsfrist noch nicht abgelaufen sein[28].

b. Wenn der Delat stirbt, ohne von der Delation Kenntnis erhalten zu haben: so transmittirt er sein Antretungsrecht ebenfalls auf seine Erben, aber nur wenn er innerhalb des ersten Jahres, von der Delation an gerechnet, starb. Es können dann seine Erben in der von diesem Jahr noch übrigen Zeit antreten[29].

D. Hat der Delat die ihm deferirte Erbschaft wirklich erworben, so geht nun eben die Erbschaft in sein Vermögen über, bildet einen integrirenden Theil desselben und, wenn er später stirbt, so geht diese erworbene Erbschaft mit seinem übrigen Vermögen auf seine Erben über. Man drückt dies gewöhnlich so aus: hereditas adquisita semper transmittitur in heredes. Hieraus folgt, daß, wenn ein suus heres[30] die Delation der hausväterlichen Erbschaft nur erlebt, er sie stets auf seine Erben transmittirt[31], weil er sie ja im Moment der Delation ipso iure erworben hatte[32]. Man nennt dies transmissio ex capite suitatis; aber eine eigentliche Transmission ist es nicht.

---

[26] Cod. cst. 19 cit. [27] S. unten § 304.

[28] Cod. cst. 19 cit. und besonders Bangerow l. c. S. 172—178.

[29] Cod. cst. 19 cit. Bangerow l. c. S. 180 ff. — Nur gehen Manche (auch Bangerow l. c. S. 191 f. und Windscheid l. c. bei Note 5) darin zu weit, daß sie in diesem Falle das Jahr nicht vom Tage der Delation an, sondern vom Todestag des Delaten rechnen wollen. Zwar entscheidet die cst. 19 hierüber nicht ausdrücklich; aber es wurde einmal Justinian ein Fall dieser Art zur Entscheidung vorgelegt und diesen entschied er in Nov. 158 unter Berufung auf seine const. 19 cit. dahin, daß das Jahr vom Tage der Delation an zu rechnen sei. Allerdings ist diese Nov. nicht glossirt; allein man sieht doch aus ihr jedenfalls, in welchem Sinne Justinian seine const. 19 genommen hat, und als Interpretationsmittel kann man auch eine nicht glossirte Novelle benutzen.

[30] Vgl. oben § 298 Nr. VII. [31] Mit dem ius abstinendi.

[32] Arndts § 512 Note b.

Drittes Kapitel. Gegenstand der Erwerbung.

Der Gegenstand überhaupt.

§ 300.

(Arndts § 517.)

Der Gegenstand, den ein Erbe erwirbt (wenn es zur Erwerbung überhaupt kommt), ist der Nachlaß, so weit er ihm deferirt ist, also, wenn er allein berufen ist: der gesammte Nachlaß des Erblassers; wenn er mit Anderen berufen ist: das Ganze zu einer Quote, einem Bruchtheil, d. h. er tritt in alle Bestandtheile des Ganzen ein, aber in jeden nur zu einem Bruchtheil[1]. — Dabei ist noch zu bemerken:

1) Wenn er einen Theil des Deferirten anzunehmen erklärt: so erwirbt er dadurch auch das Übrige, wozu er berufen ist; denn die auf einen Theil beschränkte Antretung wird als Annahme des Ganzen behandelt[2].

Ist er daher zu verschiedenen Quoten berufen: so erwirbt er durch die Antretung der Einen auch die andere[3].

2) Wenn der Erbe auf eine Quote unbedingt, auf eine andere bedingt eingesetzt ist, und die erstere antritt: so fällt ihm auch die bedingte von selbst zu, wenn er den Eintritt der Bedingung erlebt[4]. Erlebt er ihn nicht, so

a. fällt die bedingte Quote an seinen Substituten, oder wenn er keinen hat, so adkrescirt sie seinen Miterben[5].

b. Wenn er aber allein zur Erbschaft berufen ist und auch keinen Substituten hat: so erwirbt er durch die Antretung des unbedingten Theils sofort auch den bedingten Theil und es kommt dabei nicht darauf an, ob die Bedingung eintritt oder nicht, oder ob er vor dem Eintritt stirbt[6], weil wegen des oben § 273 Lit. B.

---

[1] S. oben § 269 Lit. A Nr. I 1 b.

[2] Die Annahme wird auch auf die übrigen Theile bezogen. D. de adq. her. 29, 2 l. 10.

[3] D. l. c. l. 80 § 1; Cod. de iure delib. 6, 30 cst. 20 (decisio Iustiniani). Arndts l. c. Note a u. b, und Anm. 1. Wenn er einen Theil ausschlagen, einen annehmen will: so gilt es Nichts; er muß das Gleiche für alle Theile erklären.

[4] Ohne besondere Antretung. Arndts l. c. Note c—g.

[5] D. de heredib. instit. 28, 5 l. 59 § 6. Sie kommt nicht an die Erben des Gestorbenen, wenn nach seinem Tod die Bedingung eintritt.

[6] D. de adq. her. 29, 2 l. 52 § 1, l. 53 pr. Es sind dies klare Stellen, welche

Nr. III entwickelten Grundſatzes (nemo pro parte testatus etc.) in dieſen Theil nicht die Inteſtaterben eintreten können.

3) Der Erbtheil, zu welchem der Erbe berufen iſt, kann noch einen Zuwachs erhalten durch das ius adcrescendi[7].

Anwachſungsrecht bei Erbſchaften.

§ 301.

(Arndts § 518.)

Wenn bei mehreren Erben ein Erbe ausfällt (er ſeinen Erbtheil nicht erwirbt), ſo fällt dieſer erledigte Theil dann in der Regel an die anderen Erben, vermehrt alſo ihren Erbtheil, wächſt ihnen zu (ius adcrescendi, Anwachſungsrecht); und zwar nach folgenden Grundſätzen:

A. Jedes Anwachſungsrecht wird ausgeſchloſſen durch das Transmiſſionsrecht, d. h. wenn einem Miterben ſein Erbtheil deferirt wird und er vor der Erwerbung ſtirbt, aber ſein Antretungsrecht[1] transmittiren kann. In dieſem Fall kann ſeine Portion von ſeinem Transmiſſar erworben, alſo dadurch das Anwachſungsrecht ausgeſchloſſen werden.

B. Über das Anwachſungsrecht bei der Inteſtaterbfolge[2] ſ. oben § 278 Nr. 3 und § 279.

C. Über das Anwachſungsrecht bei der Teſtamentserbfolge gilt Folgendes. Bei dieſer wird das Anwachſungsrecht nicht bloß ausgeſchloſſen, wenn der wegfallende Miterbe transmittiren kann (Lit. A.), ſondern auch, wenn ihm Jemand ſubſtituirt iſt. Fällt er weg, ohne transmittiren zu können: ſo bekommt ſein Vulgarſubſtitut ſeinen Erbtheil[3].

Hat er aber keinen Subſtituten: ſo kommt es nun zur Adkretion. Im vorjuſtinianiſchen Recht war das Anwachſungsrecht bei der Teſtamentserbfolge ſehr beſchränkt, indem die lex Iulia et Papia Poppaea

---

mit Unrecht von Vielen zu weit genommen und auch auf den Fall des Vorhandenſeins von Miterben bezogen werden.

[7] S. unten § 301.

[1] Nach (oben) § 299 Lit. C Nr. I ff.

[2] Und namentlich über Arndts l. c. Anm. 2 (Verhältnis des Anwachſungsrechts zur successio graduum).

[3] S. oben § 292.

es in den meiſten Fällen ausſchloß und die erledigte Portion als caducum vom Fiskus eingezogen wurde[4]. Juſtinian aber hob dieſe lex ganz auf[5] und gab auch[6] eingehende Beſtimmungen über das Anwachſungsrecht (bei der Teſtamentserbfolge).

Das Anwachſungsrecht bei Teſtamentserbſchaft iſt nicht[7] vom Willen des Erblaſſers abhängig; es tritt von ſelbſt und mit Nothwendigkeit ein in Folge des Grundſatzes: nemo pro parte testatus etc.[8]. Aber die Frage, wie es unter den Miterben ſtattfinden, welchen Miterben anwachſen ſolle, beſtimmt ſich nach dem wahrſcheinlichen Willen des Teſtirers und dieſer wird erkannt aus der Art der Verbindung, in welcher er die Erben einſetzte, gerade wie nach dieſer Art der Verbindung ſich auch zum Theil die Erbsportionen der Erben beſtimmen[9]. Hiernach gilt über das Anwachſungsrecht bei der Teſtamentserbfolge Folgendes.

I. Regel iſt, daß der erledigte (ausfallende) Theil allen Miterben adkreſcirt — und zwar, wenn ſie zu verſchiedenen Erbsportionen berufen ſind, je nach dem Verhältnis der Größe ihrer Erbtheile[10]; z. B. A. iſt zu $^1/_2$, B. zu $^2/_6$, C. zu $^1/_6$ eingeſetzt; fällt A. weg, ſo adkreſcirt ſeine Hälfte dem B. (er bekommt davon 2 Theile) und dem C. (dieſer bekommt davon 1 Theil), ſo daß nun im Ganzen B. $^2/_3$, C. $^1/_3$ bekommt.

II. Die Regel erleidet Ausnahmen, wenn der weggefallene Erbe mit einem oder einigen Miterben coniunctus war. Wenn nämlich mehrere Erben vom Teſtirer mit einander zu einem und demſelben Ganzen berufen (re coniuncti) ſind, ſei dieſes Ganze der Nachlaß (die Erbſchaft) überhaupt, oder beſtehe es in einer und derſelben Quote des Nachlaſſes: ſo iſt eigentlich Jeder zum Ganzen (vom Teſtirer) berufen; er kann aber nicht das Ganze bekommen, weil auch die Anderen es haben ſollen; ſie müſſen alſo das Ganze theilen; Jeder beſchränkt durch ſeine Konkurrenz die Anderen: concursu partes fiunt.

---

[4] Keller Inſtit. S. 925; Bangerow Pand. II 317; Fritz in der Gießener Zeitſchr. N. F. IV 202, 204.

[5] In Cod. de caducis toll. 6, 51 cst. un. pr. § 1—5.

[6] In dieſer constit. beſonders § 10.

[7] Außer beim privilegirten Militärteſtament; ſ. oben § 273 Lit. B Nr. III 2 a.

[8] S. oben § 273 Lit. B Nr. III 1.

[9] S. oben § 290 im Anf. [10] Arndts l. c. Note a.

Die natürliche Folge davon ist, daß wenn Einer von ihnen wegfällt, nun die Konkurrenz gemindert wird (also weniger Theile zu machen sind), also der frei gewordene Theil den anderen re coniunctis, und zwar bloß ihnen, zufällt. Sie haben also einen Vorzug im Anwachsungsrecht, wenn etwa noch Andere, nicht mit ihnen coniuncti eingesetzt sind. Dieses gilt

1) wenn das Ganze, zu welchem Mehrere berufen sind, in dem Nachlaß, der Erbschaft, überhaupt besteht; z. B. „A. soll mein Erbe sein; auch B. soll mich beerben; C. soll mich auch beerben, und zwar zu einem Dritttheil." Hier würde Jeder $1/3$ bekommen; fällt aber A. weg, so akkrescirt sein Dritttheil dem B., dieser bekommt nun $2/3$; denn er geht als mit A. coniunctus dem C., welcher auf einen besondern Theil eingesetzt, also disiunctus ist, vor [11].

Dabei wird aber auch noch im Verhältnis dieser re coniuncti zu einander ein Vorzug begründet, wenn Einige von ihnen auch noch »coniunctim scripti«, also auch verbis coniuncti sind; z. B. der Testirer sagt: „A., B., C. sollen meine Erben sein, D. soll mich auch beerben"; fällt hier A. weg, so akkrescirt seine Portion bloß dem B. und C., nicht auch dem D., der zwar auch mit A. re coniunctus, aber »separatim scriptus« ist [12].

2) wenn das Ganze, zu welchem Mehrere berufen sind, in einer und derselben Quote des Nachlasses (Erbsportion) besteht; auch hier akkrescirt sein Theil bloß den mit ihm zu derselben Quote Berufenen, den re coniunctis, weil er zunächst bloß diese durch seine Konkurrenz beschränkt hatte; z. B. „A. soll $1/3$, B. $1/3$, C. $1/3$ erben. D. soll auch an der Portion des C. als Erbe Theil nehmen": fällt in diesem Falle C. weg, so akkrescirt sein Theil an dem Drittel, zu dem er mit D. berufen war, bloß dem D. Fällt aber A. aus, so akkrescirt dessen Drittel dem B., C., D., und B. bekommt nun im Ganzen $1/2$, C. und D. mit einander $1/2$ [13].

---

[11] Cod. de cad. toll. 6, 51 cst. un. § 10. Das Gegentheil scheint l. 17 § 1 D. de hered. inst. 28, 5 zu sagen; aber jedenfalls ist sie durch die cst. un. § 10 cit. aufgehoben.

[12] Cod. l. c. (§ 10 zweite Hälfte), vgl. D. de hered. inst. 28, 5 l. 63 (auch l. 17 § 4). Windscheid Pand. § 604 bei Note 3, 4.

[13] Arndts l. c. Note c. Vgl. cst. un. § 10 cit. (zweite Hälfte); D. de V. S. 50, 16 l. 142 a. E. — Wenn von den re coniunctis Einige auch verbis coniuncti sind; ein Anderer bloß re coniunctus und es fällt Einer der Ersteren aus: so akkrescirt seine Portion zunächst bloß Denen, die mit ihm re et verbis coniuncti waren;

III Die bloße verbis coniunctio giebt (bei re disiunctis) keinen Vorzug. Wenn alſo ein Erbe mit Anderen gar nicht re, ſondern bloß verbis coniunctus iſt, alſo ſie zwar in Einer Wortverbindung mit einander genannt ſind, aber Jeder zu einem beſonderen beſtimmten Theil berufen iſt, ſo giebt dieſe bloße verbis coniunctio keinen Vorzug, ſondern es bleibt bei der Regel unter Nr. I; z. B. „A. ſoll $^1/_6$, B. $^1/_2$ erben; C. und D. ſollen auch meine Erben ſein und zwar C. zu $^1/_6$, D. zu $^1/_6$“[14]; fällt hier D. weg, ſo abkreſcirt ſein Sechstel nicht bloß dem C., der mit ihm nur verbis verbunden war, ſondern auch dem A. und B.

IV. Die Abkretion kommt natürlich einem Miterben nur zu, wenn er ſeine urſprüngliche Portion, auf die er eingeſetzt iſt, erwirbt; wobei es übrigens gleichgültig iſt, ob er ſie erwarb, ehe oder erſt nachdem die abkreſcirende Portion erledigt wurde. Kommt es zur Abkretion, ſo:

1) tritt ſie[15] ganz von ſelbſt ein, mag der Erbe, welchem abkreſcirt, wollen oder nicht (mit Nothwendigkeit); und ſelbſt wenn er den Abkreſcenzfall nicht erlebt; z. B. wenn A. und B. zu Erben eingeſetzt ſind, A. die Erbſchaft antrat und kurz darauf ſtirbt: und nun erſt B. wegfällt: ſo abkreſcirt deſſen Portion doch dem A.[16], ſo daß alſo nun die Erben des A. ſie mit der Erbſchaft des A. bekommen[17].

2) Sie tritt ein mit allen Laſten, die auf der abkreſcirenden Portion liegen, namentlich mit der Verbindlichkeit, die vom Teſtirer darauf gelegten Vermächtniſſe zu zahlen[18]; außer wenn die abkreſcirende Portion von Anfang an (bei der Teſtamentserrichtung) ungültig hinterlaſſen war (pro non scripta gilt); z. B. wenn der weg-

---

z. B.: „A. und B. ſollen mit einander $^1/_2$ erben (re et verbis coniuncti); C. ſoll $^1/_2$ erben; D. ſoll auch an der Hälfte des A. und B. Theil nehmen“; fällt hier A. aus: ſo abkreſcirt bloß dem B. (ſeinem re et verbis coniunctus); fällt D. weg, ſo abkreſcirt ſeinen re coniunctis (A. und B.) ſeine Portion, nicht auch dem C., dem ja eine beſondere Portion angewieſen iſt. Vgl. Göſchen Vorleſungen § 972 a. E.

[14] Eben ſo iſt es, wenn es geheißen hätte: „— und zwar Beide, C. und D., zu gleichen Theilen“.

[15] Mit Ausnahme der Fälle unter Nr. V a. E.

[16] Sie abkreſcirt gleichſam ſeiner Portion, portioni non personae.

[17] Arndts l. c. Note a. b. f. — Cst. un cit. § 10 init. — Sie können, wenn ſie ihre urſprüngliche Portion erwerben, nicht die abkreſcirende ausſchlagen.

[18] D. de adq. her. 29, 2 l. 38; Cod. l. c. cst. un. § 4, 9; Vangerow Pand. II 328.

fallende Erbe schon zur Zeit der Testamentserrichtung todt war, in welchem Fall die ihm auferlegten Vermächtnisse zusammenfallen [19].

V. Wenn ein Erbe die Portion, zu der er berufen ist, durch Antretung oder als suus heres erwirbt, so kann sie natürlich nicht einem Miterben adkresciren; sie ist keine erledigte, also nicht Gegenstand der Adkretion. Aber eine solche Portion kann doch noch Gegenstand der Adkretion werden, nämlich wenn jener Erbe später gegen die Antretung restituirt wird oder der suus heres vom beneficium abstinendi Gebrauch macht, indem dann ihre Portion, wenn sie keinen Substituten haben, ihren Miterben adkrescirt [20]. In einem solchen Falle aber können die Miterben die adkrescirende Portion ausschlagen und den Gläubigern des Erblassers überlassen (haben also auch nicht die darauf liegenden Vermächtnisse zu zahlen [21]).

VI. Über den Fall, wenn der Erblasser in seinem Testament nicht über seinen ganzen Nachlaß verfügte, s. oben § 290 Nr. III.

Viertes Kapitel. Wiederaufhebung der Erwerbung einer Erbschaft.

§ 302.

(Arndts §§ 519. 520.)

Der Erblasser kann nicht [1] durch eine von ihm getroffene Verfügung einen Wechsel in der Erbfolge so festsetzen, daß sein Erbe, wenn er die Erbschaft erworben hat, später wieder aufhören soll, Erbe zu sein und ein Anderer als Erbe eintreten soll [2].

Wohl aber kann ein Wechsel in der Erbfolge aus anderen (nicht auf dem Willen des Erblassers beruhenden) Gründen in folgenden Fällen eintreten:

---

[19] Oder die Auflage in einem solchen factum besteht (»si talis est facti natura, ut ab alio impleri non possit«. Cod. cit un. cit., § 3, 9. Bangerow Band. II § 496 Anm. 3 Nr. V.

[20] S. oben § 298 Nr. V. VII.

[21] Arndts l. c. Note g u. h. und Anm. 4. Über den Fall, wenn einem Erben, welcher seinen Erbtheil veräußerte, der Theil eines Miterben adkrescirt, s. unten § 310 Nr. 3.

[1] Abgesehen vom Militärtestament, s. Arndts § 520 Nr. 1.

[2] Semel heres semper heres. Vgl. oben § 291 Nr. II 1.

1) wenn ein suus heres die Delation der Erbschaft erlebt, also sie erworben hat, aber abstinirt, oder er sich immiscirte, aber dagegen restitutio in integrum erhielt[3];

2) wenn der voluntarius heres die Erbschaft angetreten hat, aber gegen die Antretung restituirt wird[4];

3) in den (seltenen) Fällen der Anfechtbarkeit des Testaments, aus welchem der Erbe die Erbschaft angetreten hatte, oder wenn ein vorberufener Erbe die Erbschaft ausgeschlagen hatte, er aber gegen die Ausschlagung in integrum restituirt wird — und vorher die nach ihm Berufenen angetreten hatten[5];

4) wenn der Fiskus eine Erbschaft, die er erworben hat, verkauft[6];

5) wenn der Erbe vom Gesetz für indignus (erbunwürdig) erklärt ist und ihm deßhalb die Erbschaft oder sein Erbtheil von Anderen entzogen wird, welche dann an seine Stelle als Erben eintreten, aber auch die dem indignus auferlegten Vermächtnisse tragen müssen[7].

Erlebt der indignus die Delation nicht, z. B. stirbt er vor dem Erblasser: so wird er als gar nicht vorhanden gewesen betrachtet. Zur Entreißung wegen Indignität kommt es nur, wenn er die Delation erlebt hat[8]. Hat er sie aber erlebt, so ist es gleichgültig, ob er die Erbschaft angetreten hat, oder nicht. Sein Erbtheil kann ihm dann vom Fiskus entrissen werden[9].

Die Fälle der Entreißung durch den Fiskus sind die gröbste Ungerechtigkeit gegen Die, an welche sonst der Erbtheil des indignus kommen würde, wenn er als ausfallend behandelt würde. Deßhalb wurde das Eintreten des Fiskus in solchen Fällen von manchen Particularrechten mit Recht ganz beseitigt[10].

---

[3] S. oben § 298 Nr. VII.

[4] S. Arndts § 519 Nr. 2 und oben § 298 Nr. V.

[5] Arndts § 570 Nr. 2. 3. Über Nr. 2 s. oben § 296 Nr. III; über Nr. 3 s. oben § 298 Nr. VI.

[6] Darüber s. unten § 310.

[7] D. de legat. I (30) l. 50 § 2; de iure fisci 49, 14 l. 14; de his quae ut indign. 34, 9 l. 16 § 2 l. 12; ad SC. Treb. 36, 1 l. 3 § 5.

Über die Indignität überhaupt s. oben § 274 a. E. — Keller Institutionen § 347, Windscheid Pand. § 669 f.

[8] Arndts l. c. Note g. [9] Arndts § 520 Anm. 2.

[10] Z. B. von Württemberg schon 1839 in dem Gesetz über die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen; von Sachsen im B. G. B. — Übrigens werden von Vielen, auch von Arndts, die Indignitätsfälle, in welchen der Fiskus eintritt, sehr ungenau

Dritter Unterabſchnitt.

Die durch den Erwerb der Erbſchaft begründeten Rechtsverhältniſſe.

Erſtes Kapitel. Überhaupt und insbeſondere das Verhältnis zu den Gläubigern.

Die Rechtsverhältniſſe überhaupt.

§ 303.

(Arndts § 521.)

Wenn der Erbe die ihm deferirte Erbſchaft erworben hat, ſo geht nun die Geſammtheit des Nachlaſſes oder bei Miterben diejenige Quote, die er erbte, durch Univerſalſucceſſion auf ihn über und das geerbte Vermögen wird ein Theil ſeines Vermögens[1].

War der Erbe Schuldner oder Gläubiger des Erblaſſers, ſo hat die Erwerbung der Erbſchaft noch die wichtige Folge, daß nun Schuld und Forderung durch confusio erlöſchen, weil Niemand ſich ſelbſt Etwas ſchuldig ſein, noch gegen ſich ſelbſt eine Forderung haben kann. Wenn nämlich der Erbe dem Erblaſſer Etwas ſchuldig war, ſo würde die entſprechende Forderung des Erblaſſers durch die Beerbung auf den Erben übergehen; er würde alſo ſie nun ſich ſelbſt ſchuldig ſein; da dies nicht möglich iſt, ſo erliſcht die Schuld des Erben und die ihr entſprechende Forderung des Erblaſſers. Ferner: wenn der Erbe eine Forderung gegen den Erblaſſer hat (alſo der Erblaſſer ihm Etwas ſchuldig iſt), ſo müßte durch die Beerbung die (ihr entſprechende) Schuld des Erblaſſers auf den Erben übergehen; er würde alſo nun die Forderung gegen ſich ſelbſt haben. Da aber dies nicht möglich iſt, ſo erliſcht ſeine Forderung und die ihr entſprechende Schuld des Erblaſſers durch confusio ganz, wenn er allein Erbe iſt, oder nach der Größe ſeiner Erbs-Quote, wenn er bloß zu einer Quote Erbe iſt[2].

---

gegeben. Namentlich gilt das (bei Arndts) in Anm. 2 Nr. 1 unter a. Angeführte nicht bei bloßer culpa, ſ. meine Ausführung im Archiv für civiliſtiſche Praxis Bd. XXIII S. 52 f. Das daſelbſt unter b. Angeführte bezieht ſich bloß auf den römiſchen Accuſationsproceß, iſt daher bei uns unpraktiſch. Das unter h. Geſagte iſt ſehr ungenau und bezieht ſich bloß auf verbotene Ehen (ſ. meine angeführte Abhandlung S. 54). Das unter Lit. i (über Ausſtreichen des Namens) Geſagte gilt nach ſpäterem römiſchen Recht nicht mehr als Fall der Indignität; die ausgeſtrichene Einſetzung fällt natürlich zuſammen (ſ. die Stellen der Note a des § 502 bei Arndts). Über Lit. k ſ. oben § 287 Nr. 1 d.

[1] Arndts § 521 (erſte Hälfte). Näheres ſ. oben § 269 Lit. A Nr. I u. III.

[2] Arndts l. c. Note b und § 273 Note a u. b.

Ebenſo müſſen dingliche Rechte, welche dem Erben an Sachen des Erblaſſers zuſtehen (iura in re, z. B. Servituten, Pfandrechte), durch die Beerbung erlöſchen, weil dieſe Sachen nun ins Eigenthum des Erben übergehen, er aber an ſeiner eigenen Sache nicht ein ius in re haben kann[3].

Alle dieſe Folgen treten im Moment des Erwerbes der Erbſchaft ein. Es geht daher namentlich das Eigenthum der Sachen, die dem Erblaſſer gehörten, in dieſem Moment, alſo beim voluntarius heres ſobald er die Annahme der Erbſchaft ausſpricht, auf den Erben über, alſo durch einen ſog. transitus legalis. Natürlich aber geht der Beſitz der Erbſchaftsſachen durch die Erwerbung der Erbſchaft nicht auf den Erben über, weil dieſer etwas rein Faktiſches iſt. Um dieſen zu bekommen, muß der Erbe ihn ergreifen oder durch Stellvertreter ergreifen laſſen[4]. Das Recht zu dieſer Ergreifung aber ſteht dem Erben als ſolchem zu. Wenn jedoch ein Dritter eine Erbſchaftsſache beſitzt, ſo kann natürlich der Erbe nicht Selbſthilfe üben; er muß ihn alſo mit den dem Erben zukommenden Klagen[5] auf Herausgabe der Sache belangen.

Verhältnis zu den Gläubigern und Vermächtnisnehmern.

§ 304.

(Arndts §§ 522—525.)

Dieſes Verhältnis beſtimmt ſich nach folgenden Grundſätzen:

A. Durch die Erwerbung der Erbſchaft wird der Erbe verpflichtet, die Anordnungen, die der Erblaſſer in einem gültigen letzten Willen machte, zu vollziehen, namentlich Vermächtniſſe, die der Erblaſſer errichtete, zu bezahlen[1].

B. Auf den Erben geht aber nicht bloß der aktive, ſondern auch der paſſive Nachlaß des Erblaſſers über; er tritt in alle ſeine vermögensrechtlichen Verhältniſſe, alſo auch in ſeine Verpflichtungen,

---

[3] Vgl. oben §§ 162. 164. 230.
[4] D. de possess. 41, 2 l. 23 pr., l. 30 § 5.
[5] S. unten § 308.
[1] Arndts § 525 Note a. — Über Das, was Arndts § 525 b—d ſagt, ſ. unten Lit. C.

nach der Quote, zu der er Erbe iſt, ein und muß für die facta des Erblaſſers haften, ſo weit ſie für dieſen eine Verbindlichkeit erzeugten[2]. — Er muß daher für die Schulden des Erblaſſers auch dann haften, wenn ſie den aktiven Nachlaß überſchreiten[3]. Nur ein Soldat haftet für die Schulden ſeines Erblaſſers bloß ſo weit der aktive Nachlaß reicht[4].

C. Hiernach kann die Erwerbung der Erbſchaft dem Erben (nach Umſtänden) ſehr nachtheilig werden[5]. Gegen dieſen möglichen Nachtheil kann er ſich durch zwei beneficia ſchützen; auf eine unſichere Weiſe durch das beneficium deliberandi; auf eine umfaſſende und ſichere Weiſe durch das beneficium inventarii. Über dieſe beiden beneficia und ihr Verhältnis zu einander, das ſehr beſtritten iſt, galt und gilt Folgendes[6]:

I. Das ältere römiſche Recht bis zu Juſtinian. Dieſes kannte bloß das ius deliberandi und ging im Weſentlichen dahin:

1) Wenn der Erbe die Erbſchaft erwarb, ſo mußte er unbedingt für alle Schulden des Erblaſſers haften. An den Vermächtniſſen brauchte er aber nie mehr zu zahlen, als ſo weit der Nachlaß nach Abzug aller Schulden, alſo der reine aktive Nachlaß reicht, und dabei konnte er, wenn die Vermächtniſſe mehr als $^3/_4$ ſeiner reinen Erbsportion betrugen, noch ſo viel von ihnen abziehen und für ſich behalten, bis er $^1/_4$ von ſeiner Erbsportion nach Abzug aller Schulden hat: quarta Falcidia.

2) In der Zeit des Antritts der Erbſchaft war der Erbe nicht beſchränkt; es konnten ihn aber die Intereſſenten, d. h. Gläubiger des Erblaſſers oder ſein Subſtitut oder ſeine Miterben oder die Vermächtnisnehmer zu einer Erklärung über den Antritt drängen. Wenn er ſich dann nicht getraute, ſich ſofort zu entſcheiden, ſo konnte er ſich ein spatium (oder tempus) deliberandi vom Richter geben laſſen[7]. Trat er dann während desſelben an, ſo ging es ganz nach Nr. 1. Ließ er es aber ohne Erklärung verſtreichen, ſo wurde er als

[2] Z. B. Veräußerung einer fremden Sache. — D. de evict. 21, 2 l. 73; Cod. de R. V. 3, 32 cst. 14; de evict. 8, 45 cst. 14.

[3] D. de adquir. hered. 29, 2 l. 8 pr.

[4] Arndts § 522 Note a. b.

[5] Denn, wenn er die Erbſchaft ohne Weiteres erwirbt und mehr Schulden als Aktiva da ſind, ſo muß er doch für alle Schulden haften.

[6] Vgl. auch Bangerow im Archiv für civiliſtiſche Praxis Bd. XXII S. 15 f.

[7] Höchſtens 9 Monate.

ausschlagend behandelt und er konnte dann die Erbschaft nicht mehr antreten[8].

II. Neuestes Recht, nach den Bestimmungen Justinians. — Alles Dieses aber wurde von Justinian wesentlich geändert[9]. Nach diesem geht das geltende Recht dahin:

1) Der Erbe kann sich gegen jeden möglichen Nachtheil vollkommen decken, wenn er die Erbschaft cum beneficio inventarii antritt[10]. Dieses heißt: er muß zur Sicherung der Gläubiger (daß der ganze Nachlaß gehörig ermittelt und festgestellt ist) ein genaues Verzeichnis des Nachlasses[11] machen (und unterzeichnen), und zwar mit der Fertigung des Inventars innerhalb 30 Tagen nach erhaltener Kunde der Delation beginnen und es dann in weiteren 60 Tagen[12] fertig bringen. Thut er dies, so soll er durch das Erbewerden gar keinen Nachtheil erleiden; er haftet dann den Gläubigern nur, so weit der aktive Nachlaß (nach Abzug aller Schulden und der Kosten des Inventars und der Beerdigung des Erblassers) reicht. Dabei wird dann, um den Bestand des Nachlasses festzustellen, die eingetretene confusio[13] als nicht geschehen behandelt, d. h. der Erbe muß auch Das in den Nachlaß einzahlen, was er dem Erblasser schuldig war, kann aber die Forderungen, die er an den Erblasser hatte, von dem Nachlaß bezahlt verlangen[14]. Reicht der aktive Nachlaß nicht zur Deckung der

[8] D. de adquir. her. 29, 2 l. 69 a. E. Viele sagen hier: der Delat sei als antretend behandelt worden, wenn ihn Solche drängten, deren Interesse war, daß er die Erbschaft annehme, z. B. Gläubiger. Allein davon sagen die Quellen Nichts. Auch hätte er hiernach, wenn er z. B. von einem Substituten und von Erbschaftsgläubigern gedrängt worden wäre, und die Deliberationsfrist verstreichen ließ, zugleich als antretend und als ausschlagend behandelt werden müssen, was unmöglich ist. Hat er gar Miterben und drängen ihn diese: so kann sichs oft erst spät entscheiden, ob es in ihrem Interesse liegt, daß er als ausschlagend angesehen wird (ius aderesoendi) oder als antretend, wenn später viele Schulden sich zeigen!

[9] In Cod. de iure delib. 6, 30 cst. 22 und in Nov. 1 cap. 2 § 1 u. 2.

[10] Er braucht überhaupt vorerst gar nicht anzutreten (sich nicht über die Antretung zu erklären), sondern nur das Inventar zu machen und dann sich zu erklären. Er braucht nicht zu sagen: daß er cum beneficio inventarii antrete; aber er muß zu rechter Zeit ein Inventar machen. Arndts § 523 Anm. 1. Hat er aber das Inventar nicht gehörig gemacht und schlägt er dann aus: so gilt dies, aber das iuramentum findet gegen ihn statt cf. cst. 22 cit.

[11] Auf die bei Arndts § 523 Anm. 2 bemerkte Weise, unter Zuziehung von Notar und Zeugen.

[12] Bei sehr zerstreuter Erbsmasse innerhalb eines Jahres von der Wissenschaft der Delation an, s. Arndts § 523 Anm. 2.

[13] Vgl. oben § 303 nach Anm. 1.

[14] Arndts § 523 Note c. Mit der Bezahlung der Gläubiger aus dem Nachlaß kann er dann auf die bei Arndts § 523 (zwischen Note c—d) bemerkte Weise (sehr frei) verfahren.

Schulden, ist also derselbe *insolvent*, so haftet der Erbe[15] den Gläubigern für Das, was fehlt, in keiner Weise und er braucht dann natürlich auch den *Vermächtnisnehmern* Nichts zu zahlen[16].

Ist aber der Nachlaß *zahlungsfähig* und bleibt nach Bezahlung aller Schulden noch aktiver Nachlaß übrig, so hat der Erbe von dem (nach Bezahlung der Schulden) übrig bleibenden aktiven Nachlaß *so weit* er reicht, die *Vermächtnisse* zu zahlen, kann dabei aber noch den Vermächtnisnehmern die *Quart* abziehen[17].

Von dem beneficium inventarii kann auch der *suus heres* Gebrauch machen, wenn er sich immiscirt und in den angeführten Fristen sofort das Inventar in gehöriger Weise errichtet[18].

2) Wenn aber der Erbe die Erbschaft *geradezu antritt*, oder als suus heres erwirbt und es *unterläßt*, das *Inventar* auf die angegebene Weise zu machen, so muß er nicht nur unbeschränkt für alle *Schulden* des Nachlasses haften[19], sondern er muß auch alle *Vermächtnisse ganz* zahlen, darf also auch *nicht die Quart* den Vermächtnisnehmern abziehen und muß sogar, wenn die Vermächtnisse den Bestand des Nachlasses überschreiten, sie doch vollständig zahlen (also ex propriis zuschießen)[20].

3) Eine *Deliberationsfrist* hat nun der Erbe nach Einführung des beneficium inventarii eigentlich gar nicht mehr nöthig. Denn er ist ja gegen jeden Nachtheil gesichert, wenn er nur zur rechten Zeit das Inventar macht. Wenn er aber sich statt dessen doch eine Deliberationsfrist erbittet, so wird sie ihm zwar gewährt — vom Richter bis zu 9 Monaten, vom Regenten bis zu 1 Jahr[21]; aber er muß dann dennoch (auf die unter Nr. 1 angegebene Weise) ein Inventar machen[22]; und wenn er nun

a. die Erbschaft *antritt* und das Inventar *nicht* gemacht hat, so gilt ganz das unter Nr. 2 Gesagte; hat er aber das Inventar ge-

---

[15] Er selbst bekommt dann natürlich Nichts.

[16] S. *Arndts* l. c. Note c. — Bei einer solchen *insolventen* Erbschaft aber wird nach beinahe allen unseren *Partikularrechten* die Sache vom *Gericht* in die Hand genommen und Konkurs über den Nachlaß eröffnet.

[17] Cod. l. c. cst. 22 § 2—11 und Nov. 1 cit.

[18] Cst. 22 cit. (verbis: »vel sese immisceat« ꝛc.). Das beneficium abstinendi ist nun ihm eigentlich gar nicht mehr nöthig.

[19] Cst. 22 cit. § 1, § 12. [20] Nov. 1 cap. 2 § 1.

[21] *Arndts* § 509 Note d.

[22] Cst. 22 cit. §§ 13, 14 init. — Justinian wird ärgerlich, wenn man seinem beneficium inventarii (vana formitudine) nicht traut.

macht, ſo muß er dennoch den Gläubigern unbeſchränkt haften, nicht aber den Vermächtnisnehmern; dieſen kann er ſogar die Quart abziehen[23].

b. Wenn er die Deliberationsfriſt ohne Erklärung verſtreichen läßt, ſo darf er die Erbſchaft nicht mehr ausſchlagen; er wird vielmehr ſo behandelt, als ob er ſie angenommen hätte, und es gilt dann das unter a. Geſagte[24].

c. Schlägt er während der Deliberationsfriſt die Erbſchaft aus: ſo gilt dies; er muß nun, was er von der Erbſchaft in Händen hat, herausgeben; aber die Gläubiger können gegen ihn den Beſtand der Erbſchaft durch ihren Eid beſtimmen[25].

d. Der Erbe, welcher cum beneficio inventarii antreten, aber das Inventar nicht ſelbſt machen will, kann, was bei uns gewöhnlich iſt, dem Gericht des Wohnorts die Sache überlaſſen, d. h. ihm, innerhalb der 30 Tage von der erhaltenen Kunde von der Delation, erklären, daß er cum beneficio inventarii antrete und dann dieſem die Beſorgung des Weitern (Errichtung des Inventars, Befriedigung der Gläubiger ꝛc.) übertragen[26].

4) Wenn der Erbe nicht von Intereſſenten zur Erklärung gedrängt wird, ſo iſt er[27] in der Zeit der Antretung nicht beſchränkt. Aber freilich, wenn er von dem Tag an, an dem er die Delation erfuhr, nicht innerhalb 30 Tagen ein Inventar zu machen beginnt, ſo kann er zwar ſpäter noch antreten, er hat aber dann nicht mehr die Möglichkeit, vom beneficium inventarii Gebrauch zu machen und es gilt dann das unter b. Geſagte.

D. Der Umſtand, daß der Erblaſſer beerbt wird, kann auch den Gläubigern des Erblaſſers nachtheilig werden, namentlich wenn der Erbe überſchuldet iſt; z. B. A. hat den B. zum Erben eingeſetzt; A. hat 30,000 M. aktives Vermögen und 6000 M. Schulden; ſeine Gläubiger können alſo aus ſeinem Vermögen vollſtändig bezahlt werden; B. hat 3000 M. aktives Vermögen, aber 40,000 M. Schulden. Wird nun A. von dieſem B. beerbt, ſo wird das Vermögen des A.

---

[23] Cst. 22 § 14 cit.; Nov. 1 cap. 2 § 2.

[24] Cst. 22 § 14 cit., eine Stelle, welche Arndts in § 509 Nr. 3 a. E. und Nr. 4 gar nicht gehörig beachtet (wie auch manche Andere ſie nicht gehörig beachten). — Nach früherem Recht wurde er als ausſchlagend behandelt.

[25] Iuramentum in litem; Moderationsrecht des Richters; cst. 22 cit. § 14 a. E.

[26] Arndts § 523 Anm. 2 a. E. [27] Auch nach der cst. 22 cit.

II. Die Schulden und Forderungen des Erblassers bedürfen keiner besondern Theilung; denn sie sind stets unter den Erben ipso iure getheilt nach der Größe der Quote, zu der sie Erben werden, und zwar so, daß diese Theilung auf jeden einzelnen Posten sich erstreckt[3]; z. B. wenn ich dem A. 3000 M. schuldig bin und von B. 12,000 M. zu fordern habe, und den C. zu 1/3, den D. zu 2/3 zu Erben einsetzte: so theilen sich, wenn C. und D. meine Erbschaft antreten, jene Schuld und jene Forderung ganz von selbst, je in 2 selbständige Kapitalien nach der Größe der Erbs-Quoten des C. und D.; es ist nun C. 1000 M., D. 2000 M. dem A. schuldig, und C. hat 4000 M., D. 8000 M. von B. zu fordern.

III. Die Erben können aber das unter Nr. II Angeführte bei Forderungen des Erblassers dadurch vereinfachen, daß sie bei der Erbtheilung die Theile, die ihnen an jeder Forderung zukommen, Einem von ihnen gegen Entschädigung abtreten, so daß dann dieser die betreffende Forderung allein bekommt. Dazu sind sie deßhalb berechtigt, weil Cessionen auch ohne und wider Willen des Schuldners zulässig sind[4].

In Betreff einer Schuld des Erblassers aber würde eine Verabredung der Erben, daß Einer von ihnen die ganze Schuld allein übernehmen soll (gegen eine ihm von den Anderen zu gebende Entschädigung), nur dann gegen den Gläubiger wirksam sein, wenn dieser zustimmte; weil man eine Schuld nur mit Zustimmung des Gläubigers auf einen Andern übertragen kann. Aber gegen den Übernehmenden haben die Miterben das Recht, zu verlangen, daß er den Gläubiger bezahle und sie dadurch von ihren Schuldantheilen befreie.

IV. Wenn die Erben bei der Theilung nicht einig werden, so kommt es eben zum Proceß, d. h. einer stellt gegen die anderen Erben die actio familiae herciscundae an (bringt also die ganze Theilungssache vor den Richter), und nun hat der Richter[5] durch einen Urtheilsspruch reell zu theilen.

---

[3] Schon nach den XII Tafeln: nomina ipso iure sunt divisa. Cod. fam. herc. 3, 36 cst. 6; si unus ex plur. hered. 8, 32 cst. 1, 2.

[4] Arndts § 527 Note k.

[5] Auf die bei Arndts § 320 bei Note i ff. bemerkte Weise.

C. Die Kollation.

§ 307.

(Arndts §§ 528—530.)

Wenn Deſcendenten mit einander ihren Aſcendenten beerben, ſo kann es bei der Erbtheilung auch zu einer Kollation kommen.

Kollation (Einwerfung) iſt derjenige Akt, durch den ein Miterbe Vermögensgegenſtände, die ihm gehören, alſo nicht Beſtandtheile des Nachlaſſes des Erblaſſers ſind, gleichſam in dieſen Nachlaß einzuliefern, einzuwerfen hat, um ſie mit gewiſſen ſeiner Miterben zu theilen (reelle oder Naturalkollation), oder er den Werth dieſer Gegenſtände zu Gunſten gewiſſer ſeiner Miterben verhältnismäßig von ſeinem Erbtheil ſich abrechnen laſſen muß (Kollation durch Abrechnung, von Manchen Kollation durch Werthvergütung oder fingirte Kollation genannt).

Der Zweck einer ſolchen Kollation iſt, unbillige Ungleichheiten zwiſchen einzelnen Miterben in gewiſſen Beziehungen zu beſeitigen. Man muß bei derſelben unterſcheiden:

I. Das ältere römiſche Recht. Nach dieſem gelten zwei Kollationsfälle, nämlich

1) collatio emancipatorum sive bonorum. Nach dem älteren römiſchen Recht konnte ein Hauskind in der Regel nichts Eigenes haben; was es erwarb, gehörte (in der Regel) ſeinem Hausvater. Dabei waren aber nach dem Civilrecht die Hauskinder, die sui heredes, die nächſten Inteſtat- und Notherben des Hausvaters und beerbten ihn in der erſten Klaſſe allein. Die emancipirten Kinder dagegen konnten eigenes Vermögen haben; was ſie nach der Emancipation erwarben, gehörte ihnen. Dagegen hatten ſie nach Civilrecht gar kein Erbrecht an dem geweſenen Hausvater. Als nun aber das prätoriſche Edikt den Emancipirten auch ein Noth- und Inteſtaterbrecht in der erſten Klaſſe mit den suis des Erblaſſers einräumte, entſtand eine große Ungleichheit gegen die sui. Denn nun wurde von dem emancipatus, der von ſeiner Emancipation an bis zu des Vaters Tod ſich Vermögen erwerben konnte, der suus, der bis dahin Nichts ſich hatte erwerben können, in der Beerbung des Vaters beeinträchtigt und der emancipatus erbte am ganzen Vermögen des Vaters mit, alſo ſogar auch an dem, was der suus etwa dem Vater

erworben hatte. Um daher eine solche Ungleichheit zu beseitigen, und die Erwerbsunfähigkeit des suus mit der Erwerbsfähigkeit des emancipatus gleichsam auszugleichen, setzte das prätorische Edikt fest: wenn emancipati mit suis zur väterlichen Erbschaft ab intestato oder contra testamentum paternum kommen[1], und daher durch ihre Konkurrenz in Folge des Edikts die sui in ihrem Erbrecht beschränken, so müssen sie das Vermögen, das sie nach ihrer Emancipation bis zu des Erblassers Tod erworben hatten, den suis konferiren, d. h. sie müssen es in die mit den suis zu theilende Erbmasse einwerfen, damit zur Ausgleichung die sui einen verhältnismäßigen Theil daran bekommen (an Dem, was die emancipati für sich erworben hatten). Dies war die collatio bonorum oder emancipatorum[2].

2) Die collatio dotis. Eine Haustochter, sua heres, konnte auch ungeachtet sie unter väterlicher Gewalt stand, an der dos, die ihr bestellt wurde, feste Rechte erwerben[3]. Deßhalb mußte sie bei der Intestat- und Notherbfolge zur Ausgleichung ihrer Mithauskinder und den emancipirten Miterben wenigstens ihre profectitia dos konferiren[4].

II. Neueres römisches und bei uns geltendes Recht. — Die collatio emancipatorum mußte im späteren römischen Recht sich wesentlich modificiren, als die Pekulien sich ausbildeten und daher auch der suus (in den meisten Fällen) eigenes Vermögen erwerben konnte. Ob sie am Ende durch das Novellenrecht[5] indirekt ganz wegfiel, ist sehr bestritten[6]. Jedenfalls aber wendete die deutsche Praxis niemals eine besondere collatio emancipatorum an, um so mehr, da sie durch die große Seltenheit der Emancipation in Deutschland ihren Boden ganz verlieren mußte. Sie hielt sich bloß an die zweite Kollationsart, an die collatio dotis. Aber diese wurde im späteren römischen Recht durch die Imperatoren Leo und Justinian erweitert und völlig umgebildet[7].

Nach dieser Umbildung stützt sich die nun allein praktische Kollation (ohne Beisatz) auf folgende natürliche Gründe. Ein Ascendent

---

[1] Oder andere kognatische liberi, wenn sie mit den suis durch das Edikt berufen sind.
[2] D. de collat. bon. 37, 6 l. 1 pr. Arndts § 528 Anm. 2 Lit. a.
[3] Vgl. Arndts § 405 bei Note e. [4] Arndts § 528 Anm. 2 Lit. b.
[5] Nov. 118 u. 115. [6] Vgl. Windscheid Pand. § 609 Note 10.
[7] S. Arndts § 528 Anm. 2 Lit. c.

kommt bei ſeinen Lebzeiten häufig in die Lage, einem ſeiner Deſcendenten größere Zuwendungen zu machen, nicht um ihn vor den anderen Deſcendenten zu begünſtigen, ſondern weil gerade eben bei dieſem (Deſcendenten) eine ganz beſondere Veranlaſſung zu einer ſolchen Zuwendung vorlag; z. B. er hat 3 Töchter A., B., C. und einen Sohn D., und ſtattet die eine Tochter A., weil ſie heirathet, mit 8000 M. aus; die anderen Töchter heirathen nicht, er hat alſo keine Gelegenheit, auch ſie zu dotiren; wird er nun ſpäter von dieſen 4 Kindern zu gleichen Theilen beerbt, ſo iſt gewiß nicht ſeinem Willen gemäß, daß die Tochter A. die 8000 M. dos vor ihren Geſchwiſtern voraus haben ſoll; deßhalb muß ſie dieſelben ihren Geſchwiſtern, wenn ſie mit ihnen erben will, konferiren, d. h. ſie in die mit ihnen zu theilende Erbſchaft einwerfen, ſo daß Jedes (und auch ſie) einen gleichen Theil daran bekommt und auf dieſe Weiſe völlige Gleichheit unter den Deſcendenten (im Sinn des Erblaſſers) hergeſtellt wird.

Die Grundſätze über die Kollation gehen hiernach dahin:

1) Kollationspflichtig ſind nur Deſcendenten, welche einen gemeinſamen Aſcendenten mit einander beerben. Die Pflicht tritt aber ein bei Aſcendenten jeder Art, ſeien ſie Hausväter oder nicht, männliche oder weibliche.

2) Zu konferiren ſind Bezüge oder Gaben, die der miterbende Deſcendent vom Erblaſſer bekam; aber nur gewiſſe Bezüge, nämlich

a. die Ausſtattung, die der Deſcendent zur Heirath bekam; alſo die dos, welche der Tochter, die Ausſtattung, welche dem Sohn zur Heirath vom Aſcendenten gegeben wurde; nach konſtanter Praxis auch Ausſtattungen, die ein Deſcendent, wenn er auch nicht heirathet, zur Anſtellung eines eigenen Haushalts erhielt[8].

b. Geſchenke irgend einer ſonſtigen Art, die der Deſcendent vom Erblaſſer erhielt, hat er in der Regel nicht zu konferiren, außer wenn er bloß ſolche Geſchenke erhielt (nicht auch eine Ausſtattung) und ein miterbender Deſcendent keine ſolche Geſchenke, aber eine der unter Lit. a bemerkten conferenda (Ausſtattung) erhalten hat[9].

c. Der Erblaſſer kann aber auch bei ſolchen Schenkungen

---

[8] Arndts § 529 Nr. 1—3.
[9] Arndts § 529 Nr. 4 Lit. c.

(Lit. b) dem Descendenten die Kollationspflicht auferlegen, wenn er diesen Willen in irgend einer Weise bei der Schenkung ausspricht[10].

d. Auch kann er in seinem letzten Willen dem Descendenten auferlegen, solche Bezüge, die an sich nicht zu konferiren sind, seinem Mitdescendenten zu konferiren; z. B. dem Sohn auferlegen, seine Studienkosten zu konferiren. Das ist dann eben ein Vermächtnis zum Besten der anderen Descendenten, die an der Kollation Theil nehmen.

3) Zur Kollation kommt es nur, wenn Descendenten mit einander den Ascendenten, von dem jene Gegenstände herrühren, ab intestato oder ex testamento beerben[11]; und zwar

a. sind bei der Intestaterbfolge kollationsfähig: alle mit einander erbenden Descendenten; bei der Testamentserbfolge: nur diejenigen Descendenten, welche die nächsten Intestaterben des Erblassers gewesen wären, wenn er intestatus gestorben wäre. Ferner bei beiden Erbfolgen: diejenigen Personen, die als Transmissare[12] an der Stelle eines solchen Descendenten erben[13]. Enkel des Erblassers haben, wenn sie zu seinen nächsten Intestaterben gehören, also ihr parens weggefallen ist, auch Das zu konferiren, was ihr parens als conferendum vom Erblasser erhielt; aber nur soweit es, z. B. durch Beerbung ihres parens, auf sie kam[14].

b. Konferirt wird nur Mitdescendenten[15], und zwar nur solchen, die in die Kategorie von Lit. a gehören. Diese Mitdescendenten theilen das conferendum mit dem Kollationspflichtigen nach der Größe ihrer Erbs-Quote. Wenn z. B. der Erblasser zu gleichen Theilen seine zwei Töchter und seine Frau zu Erben einsetzt und die eine Tochter von ihm eine dos bekommen hatte, so konferirt diese ihre dos nur ihrer Schwester, nicht auch ihrer Mutter[16].

4) Der Erblasser kann dem kollationspflichtigen Descendenten die Kollation erlassen, so weit nicht dadurch die anderen Descendenten in ihrem Pflichttheil verletzt werden[17].

---

[10] Arndts § 529 Nr. 4 Lit. a. b. [11] Nov. 18 cap. 5.
[12] Vgl. oben § 299 Lit. C. [13] Arndts § 528 Note f. g.
[14] Arndts § 528 a. E. und Anm. 6.
[15] Arndts § 528 Note b—d.
[16] Arndts § 528 Note d und Anm. 3. Die extranei werden bei der Berechnung des Kollationsantheils nicht mitgezählt. Windscheid Pand. § 610 Note 8.
[17] Arndts § 528 Note e.

5) Der Erbe kann ſich der Kollationspflicht *entſchlagen*, aber nur dadurch, daß er die Erbſchaft ausſchlägt[18]. Hat er ſie aber angenommen, ſo kann er von ſeinen Miterben mit der actio familiae herciscundae zur Kollation angehalten werden, ſollte er auch dadurch Schaden leiden und die Erbſchaft cum beneficio inventarii[19] angetreten haben[20].

6) Wenn der Kollationspflichtige den zu konferirenden Gegenſtand nicht mehr hat, ſo muß er nur dann ſtatt desſelben ſeinen *Werth* konferiren, wenn er ihn vorſätzlich (alſo auch dadurch, daß er ihn verbrauchte) oder durch eine culpa levis in concreto nicht mehr hat[21]. Natürlich aber muß er *jedenfalls* ſo viel konferiren, als er etwa durch den Gegenſtand *bereichert* (worden und es noch) iſt.

7) Von den conferenda muß man wohl unterſcheiden die *Schulden*, welche ein Deſcendent an den Erblaſſer hat, z. B. aus Darlehen, die er von ihm erhielt. Eine ſolche Schuld erliſcht durch die Beerbung je nach der Größe der Erbs-Quote des Deſcendenten durch confusio, z. B. wenn er zu $^1/_6$ Erbe iſt, ſo erliſcht ſeine Schuld zu $^1/_6$[22], die übrigen $^5/_6$ der Schuld aber muß er in der Erbmaſſe als Schuldner des Erblaſſers bezahlen, nicht als conferendum. Die praktiſche Folge davon iſt, daß Das, was er als Schuld zahlen muß, zum *Nachlaß* überhaupt gehört, daß alſo nicht bloß Diejenigen, welchen conferenda zu konferiren ſind, ſondern *alle* Miterben (z. B. auch die Frau des Erblaſſers, wenn ſie Miterbin iſt) daran ihren Theil bekommen und daß, wenn der Schuldner die *Erbſchaft ausſchlägt*, er die Schuld doch zahlen muß und zwar dann die *ganze* Schuld, weil dann Nichts durch confusio erliſcht[23].

---

[18] *Arndts* § 528 Note d; D. de dotis coll. 37, 7 l. 9. Cod. famil. herciac. 3 36 cst. 25.

[19] Das beneficium inventarii ſchützt bloß gegen Gläubiger des Erblaſſers und Legatare.

[20] Er kann ſich nicht mehr davon los machen. Was *Arndts* § 530 in dieſer Hinſicht (bei und in Anm. 4) bemerkt (daß der Kollationspflichtige auch *nach Annahme der Erbſchaft* die Kollation verweigern könne, gegen Verluſt ſeines Erbtheils), iſt mehr als zweifelhaft, jedenfalls aber von der *deutſchen Praxis* entſchieden verworfen.

[21] Nov. 97 cap. 6. *Arndts* § 530 (im erſten Abſatz).

[22] Vgl. oben § 303.

[23] *Arndts* § 528 (zwiſchen Anm. 1 u. 2).

Drittes Kapitel. Die Rechtsmittel der Erben.

A. Die Erbschaftsklage* und die Rechtsmittel aus den geerbten Rechten des Erblassers.

§ 308.

(Arndts §§ 531—534.)

Wenn der Nachlaß ganz oder theilweise in den Händen unberechtigter Dritter ist und diese ihn (den Nachlaß, den sie in Händen haben) dem Erben, der die Erbschaft erworben hat, vorenthalten: so kommt dem Erben ein Rechtsmittel zu, durch welches er dem Dritten das Vorenthaltene abfordern kann, die Erbschaftsklage (hereditatis petitio). Diese Klage ist aber nicht zu verwechseln mit denjenigen Rechtsmitteln, welche dem Erben aus den geerbten einzelnen Rechten des Erblassers zustehen. Es ist daher zu unterscheiden:

I. Rechtsmittel die dem Erblasser zustanden. Durch die Erwerbung der Erbschaft gehen ja die Vermögensrechte, die der Erblasser hatte, auf den Erben über, also auch die Klagrechte, mit denen der Erblasser gegen Dritte seine Rechte geltend machen konnte. Mit diesen Klagen, die dem Erblasser zukamen, kann nun auch der Erbe gegen die Verpflichteten klagen. Wenn z. B. der Erblasser mit einem Dritten in einem Rechtsverhältnis stand, vermöge dessen der Dritte ihm Etwas schuldig war, z. B. Geld aus einem Darlehn oder Übergabe einer Sache, die ihm der Erblasser abgekauft hat: so tritt der Erbe in dieses Verhältnis ein und kann den Dritten mit der actio ex mutuo auf Rückzahlung des Darlehns und mit der actio emti auf Übergabe der gekauften Sache belangen; er hat dabei nur zu beweisen, daß der Erblasser die Sachen von dem Beklagten aus einem Darlehn, resp. aus einem Kaufe zu fordern gehabt habe und diese Forderung des Erblassers auf ihn, den Kläger, durch Beerbung desselben übergegangen sei (sog. legitimatio ad causam). Ferner: wenn ein Dritter eine Sache, die im Eigenthum des Erblassers war (titulo singulari) besitzt und dem Erben vorenthält, so kann ihn der Erbe als nunmehriger

* Über die Erbschaftsklage s. besonders Francke Exegetisch-dogmatischer Kommentar über den Pandektentitel de hereditatis petitione (Göttingen 1864).

Eigenthümer der Sache mit der rei vindicatio, die dem Erblaſſer zuſtand, auf Herausgabe der Sache belangen und er hat dabei nur nachzuweiſen, daß die Sache dem Erblaſſer gehört habe und daß er Erbe des Erblaſſers geworden ſei.

II. Die Erbſchaftsklage. Mit den unter I angeführten Klagen kann der Erbe nicht gegen Jeden auftreten, welcher Nachlaßgegenſtände in Händen hat. In manchen Fällen muß er gegen ſeinen Gegner die Erbſchaftsklage (hereditatis petitio) anſtellen, in Bezug auf welche Folgendes gilt.

1) Die Erbſchaftsklage hat der Erbe anzuſtellen, wenn ein Dritter den Nachlaß oder Etwas davon inne hat, und zwar lediglich als Nachlaßgegenſtände, als Erbſchaft, d. h. wenn er nicht in Abrede zieht, daß ſie zum Nachlaß des Verſtorbenen gehören, aber ſich ſelbſt dieſen Nachlaß als ſolchen, die Erbſchaft, anmaßt und aus dieſem Grunde das Erbrecht des Erben negirt, und, entweder

a. behauptet, ihm gebühre der Nachlaß des Verſtorbenen als Erben, er ſei der wahre Erbe, alſo er den Gegenſtand titulo (universali) pro herede beſitzt[1], oder, was Dieſem gleichſteht, behauptet, daß er die Erbſchaft oder Gegenſtände derſelben als Univerſalvermächtnisnehmer beſitze[2]; oder

b. er Gegenſtände als Nachlaßſachen inne hat, alſo nicht in Abrede zieht, daß ſie zum Nachlaß gehören, aber ſie ſich anmaßt ohne irgend einen Titel für ſich anführen zu können, alſo ohne allen rechtlichen Grund geradezu ſich Das anmaßt, was ihm nur vermöge eines Erbrechts zukommen könnte, und alſo faktiſch das Erbrecht des Erben mit ſeinen Wirkungen nicht anerkennt. Von einem Beſitzer dieſer letztern Art ſagen die Quellen, er ſei bloß possessor pro possessore, d. h. wenn er nach dem Grund ſeines Beſitzes gefragt werde, könne er bloß antworten: possideo quia possideo[3].

Gegen ſolche Perſonen nun (Lit. a und b) kann der Erbe mit den unter Nr. I angeführten Klagen nicht durchdringen; denn ſie beſtreiten ja gar nicht, daß Das, was ſie beſitzen, zum Nachlaß, alſo dem Erblaſſer gehört habe; ſondern ſie behaupten nur, daß es vom Erblaſſer auf ſie als Erben übergegangen ſei (Lit. a); oder maßen es ſich

[1] D. de her. pet. 5, 3 l. 9 l. 11 pr.
[2] D. l. c. l. 20 § 13.
[3] D. de her. pet. 5, 3 l. 11 § 1, l. 12, l. 13 pr.

als Nachlaßgegenstände ohne Weiteres an (Lit. b). Solche Personen muß daher der Erbe auf ihrem Boden angreifen, d. h. mit einer Klage, durch welche er negirt, daß sie ein Recht an dem Nachlaß haben, in welcher er also lediglich auf sein Erbrecht sich stützt und Anerkennung desselben und daher Herausgabe Dessen, was sie vom Nachlaß besitzen, verlangt, und bei der er Nichts weiter zu beweisen hat, als daß er wirklich Erbe des Erblassers geworden ist, und sie Nachlaßgegenstände besitzen. Denn wenn er diesen Beweis führt, so zerstört er dadurch das Fundament, auf welches sie sich stützen; sie müssen ihn dann als Erben anerkennen, wenn sie nicht ein ihm vorgehendes Erbrecht nachweisen können, und (müssen) deßhalb die Gegenstände ihm herausgeben.

Diese Klage nun ist die Erbschaftsklage (hereditatis petitio), eine dingliche Klage, mit welcher der Kläger gegen Jeden, der titulo pro herede oder ohne Titel (als bloßer possessor pro possessore) Nachlaßgegenstände in Händen hat, auftreten und Anerkennung seines Erbrechts und demgemäß Herausgabe der Nachlaßsachen verlangen kann; sie ist eine vindicatio[4].

Sie ist hiernach nöthig gegen Denjenigen, welcher titulo (universali) pro herede oder bloß pro possessore Erbschaftsgegenstände sich anmaßt, geht aber nicht gegen Den, welcher aus einem anderen speciellen (vom Erbrecht an den Erblasser unabhängigen) Grunde Gegenstände inne hat (von denen der Erbe behauptet, daß sie zum Nachlaß gehören). Denn gegen Diesen muß man mit den unter I angeführten Rechtsmitteln klagen; z. B. A. besitzt einen werthvollen Ring; der Ring gehörte dem N., den ich beerbte, so daß ich also durch Antretung der Erbschaft Eigenthümer des Rings geworden bin; A. behauptet aber, der Ring habe gar nicht dem N. gehört, sondern dem O., von dem er ihn gekauft habe; er besitzt ihn also titulo pro emtore. Hier kann ich den A. nicht mit der hereditatis petitio auf Herausgabe des Rings belangen; denn wenn ich auch beweise, daß ich den N. beerbt habe, so folgt daraus noch nicht, daß der Ring dem A. nicht gehöre, da ja A. mir mein Erbrecht gar nicht bestreitet, sondern nur

---

[4] Nicht (eine vindicatio) des Erbrechts, wie Arndts (§ 531 bei Note b) sagt, weßhalb er sie Erbrechtsklage nennt, sondern eine vindicatio der Erbschaft im objektiven Sinn, des Nachlasses (vgl. oben § 269 Lit. A Nr. III 2), eine Erbschaftsklage.

negirt, daß meinem Erblaſſer der Ring gehört habe. Hier muß ich ihn alſo mit der rei vindicatio (Nr. I) belangen: d. h. mit der Klage, durch welche ich behaupte, nicht er, ſondern ich ſei Eigenthümer der Sache — und dieſes Eigenthum beweiſe ich dadurch, daß ich nachweiſe, N. ſei Eigenthümer geweſen und ſein Eigenthum durch Beerbung desſelben auf mich übergegangen. — Wenn aber A. behaupten würde, der Ring gehöre ihm, weil er den N. beerbt habe: dann kann ich ihn nicht mit der rei vindicatio belangen, weil es ſich nun lediglich um das Erbrecht (nicht um das Eigenthum des N.) handelt. Denn gegen die rei vindicatio würde er erwidern, er beſtreite gar nicht, daß der Ring dem Erblaſſer N. gehört habe — er behaupte aber, das Eigenthum des N. ſei auf ihn (den A.) übergegangen, weil er, nicht ich — Erbe des N. ſei. Hier kann ich ihn nur mit der hereditatis petitio belangen. Denn nur wenn ich beweiſe, daß ich der Erbe des N. geworden ſei, zerſtöre ich das Fundament ſeines Vorbringens.

Dieſes gilt auch von unkörperlichen Dingen, von Forderungen; z. B. C. iſt meinem Erblaſſer Z. 1000 M. aus einem Darlehn ſchuldig; die Forderung iſt alſo auf mich übergegangen und ich verlange deßhalb von ihm Zahlung; er behauptet aber, mir Nichts ſchuldig zu ſein, weil er meinem Erblaſſer gar Nichts ſchuldig geweſen ſei; oder er giebt die Schuld an den Z. zu, behauptet aber, ich habe ſie nicht von ihm zu fordern, weil ich nicht Erbe des Z. geworden ſei, wenigſtens wiſſe er es nicht. Hier kann ich ihn nicht mit der hereditatis petitio belangen, weil er ſich nicht ein Erbrecht an Z. zuſchreibt und ſich keinen Nachlaßgegenſtand als ſolchen anmaßt[5]; ſondern ich muß ihn mit der Klage aus dem Darlehn (mit der actio ex mutuo) belangen (ſ. Nr. I); denn wenn ich beweiſe, daß C. dem Z. 1000 M. als Darlehn ſchuldig ſei, oder er es zugeſteht, und ich mich dabei als Erbe des Z. legitimire, ſo beſeitige ich alle Einwendungen des C. gegen die Forderung[6]. Wenn aber C. behaupten würde, er ſei allerdings dem Z. 1000 M. ſchuldig geweſen; allein er ſei von ſeiner Schuld durch confusio frei geworden, denn er habe den Z. beerbt: ſo muß ich ihn auf dieſem Boden angreifen, d. h. da er ſich ein Erbrecht an Z. zuſchreibt und daraus ſein Freigewordenſein von der Schuld herleitet:

---

[5] D. h. t. 5, 3 l. 42.

[6] Er iſt durch die actio mutui auf ſeinem Boden angegriffen.

so muß ich ihn mit der hereditatis petitio belangen; denn wenn ich dann beweise, daß ich der Erbe geworden sei, also nicht er den Erblasser beerbt habe, so zerstöre ich damit das ganze Fundament seiner Behauptung, von der Schuld frei geworden zu sein, und er muß sie an mich bezahlen[7].

2) Die hereditatis petitio (Nr. II) steht nur dem Erben (und dem Erben desselben) zu; natürlich dem heres pro parte nur zu seiner Quote und dem Universalvermächtnisnehmer (als hereditatis petitio fideicommissaria), wenn ihm vom Erben das Vermächtnis restituirt wurde und ein Dritter Gegenstände desselben pro herede oder pro possessore (Nr. II a. b.) besitzt[8].

Sie geht auf Herausgabe alles Dessen, was im Nachlaß enthalten war[9], mag es dem Erblasser gehört haben oder nicht; selbst fremder Sachen, die der Erblasser bloß detinirte, wenn er ein rechtliches Interesse hatte, sie in Händen zu behalten, z. B. wenn sie ihm geliehen waren und er deßhalb für sie haften mußte[10].

3) Der mit der hereditatis petitio Belangte (Nr. 1 a. b.) hat aber auch in manchen Fällen Ersatz für Nachlaßsachen, die er besaß, dem Kläger zu leisten. In Beziehung auf diese Leistungen und auf Das, wofür der Beklagte bei der hereditatis petitio überhaupt haftet, ist der Unterschied zwischen bonae und malae fidei possessio sehr wichtig.

Bonae fidei possessor eines Nachlaßgegenstandes ist der Besitzer, welcher redlich glaubt, er sei der zum Nachlaß berufene Erbe, mag auch sein Glaube sich auf einen Rechtsirrthum stützen. Malae fidei possessor ist, wer weiß, daß er kein Recht an den Nachlaß habe[11].

Über die Haftpflicht dieser Beklagten gilt Folgendes:

a. Bei dem bonae fidei possessor des Nachlasses (d. h. Demjenigen, der redlich glaubte, er sei der berechtigte Erbe) gilt der einfache und richtige Grundsatz: ein solcher Besitzer soll zwar von der

---

[7] D. h. t. l. 13 § 15 l. 14. Arndts § 531 Note e—i und Anm. 5.

[8] D. de fideicommissaria her. pet. 5, 6 l. 1.

[9] Zur Zeit des Todes des Erblassers.

[10] D. h. t. l. 18 § 2, l. 19 pr. Arndts § 531 Note e—i. — Sie geht auch auf Cession einer Klage, welche der Besitzer einer Erbschaftssache gegen Dritte erworben hat, z. B. interdictum de vi ꝛc. Arndts § 531 Note f.

[11] D. h. t. 5, 3 l. 25 § 6; auch l. 20 § 12. Meine Schrift Die bona fides (Leipzig 1871), besonders § 3 und § 19.

Erbschaft, die ihm nicht gehört, sich nicht bereichern dürfen, er muß also Alles herausgeben, was er von der fremden Erbschaft hat, selbst Surrogate (z. B. wenn er Nachlaßsachen veräußerte: das dafür gelöste Geld), überhaupt Alles, um was er zur Zeit der Verurtheilung[12] durch die besessene Erbschaft bereichert ist, somit auch, was er sich durch den Verbrauch der Revenuen derselben an seinem Vermögen erspart hat. Dagegen soll er an seinem eigenen Vermögen keinen Schaden leiden, da er sich ja ehrlich für den Erben hielt und Dieses ihn zu Auslagen verleiten konnte, die er sonst nicht gemacht hätte. Er steht daher für keine Verringerung der Erbschaft ein; was er von ihr verbrauchte, verschleuderte, an Dritte verschenkte, — dafür ersetzt er dem Erben Nichts; auch kann er für alle seine Auslagen, die er auf die Erbschaft etwa machte, selbst für die impensae voluptuariae, vom Erben Ersatz verlangen, so weit die Erbschaft reicht[13].

Eine Konsequenz davon, daß er keinen Schaden haben soll, ist noch Folgendes. Wenn er einzelne Sachen aus der Erbschaft an einen Dritten oneros veräußert, z. B. verkauft, und der wirkliche Erbe diese Sachen nun von diesem dritten Besitzer vindiciren will (s. Nr. I): so könnte dieser Dritte von dem bonae fidei possessor, der die Sachen an ihn verkauft, wegen Eviktion Ersatz verlangen. Um nun von dem bonae fidei possessor diesen Schaden abzuwenden, darf in einem solchen Fall der Erbe die Sache dem dritten Besitzer nicht abfordern, außer er würde den veräußernden bonae fidei possessor wegen der Eviktion schadlos halten[14].

Natürlich aber muß der bonae fidei possessor von der Zeit an, zu welcher die hereditatis petitio gegen ihn angestellt wurde (Ladung), da er nun doch es für möglich halten soll, daß er nicht der berechtigte Erbe ist, also während des Processes für die Früchte der Sachen, die er in dieser Zeit zieht und für sorgsame Bewahrung der in seinem Besitz befindlichen Nachlaßsachen haften und wenn er

---

[12] D. h. t. l. 36 § 4.

[13] D. h. t. l. 23, l. 24, l. 25 § 1, § 11—17, l. 36 § 4, l. 37. 38. Arndts § 533 (im Anf.).

[14] D. l. c. l. 25 § 17. — Dies will Arndts in § 534 (erste Periode) sagen. — Dagegen mit Unrecht Francke l. c. I. 154 und Tib. Seraphini Nuova interpretatione de fragm. di Ulpiano, l. 25 § 17 de her. pet. Bologna 1878. 28 S. und s. Recension in Jenaer Literatur-Zeitung 1878 S. 399.

sich dagegen verfehlt, Ersatz geben; aber natürlich haftet er nicht für zufälliges Verderben oder Untergang derselben [15].

b. Der malae fidei possessor dagegen verdient keine Schonung; er muß nicht nur Alles, was er von der Erbschaft hat oder durch sie gewonnen hat (Früchte ꝛc.) herausgeben; sondern er muß auch für alle Veräußerungen, die er vornahm und für jede absichtliche oder fahrlässige Verringerung oder Beschädigung der Erbschaftssachen einstehen. Bei Veräußerungen von Seiten des malae fidei possessor hat der Erbe die Wahl, ob er von ihm den wahren Werth des Veräußerten oder den gelösten Preis nebst Zinsen verlangen will. Hat der malae fidei possessor Aufwand auf die Sachen gemacht, so kann er zwar für die impensae necessariae und auch für die utiles Ersatz verlangen; aber nur, wenn das durch den Aufwand Hergestellte noch existirt [16]. Er haftet sogar für den zufälligen Untergang oder Verderb der besessenen Sachen selbst, aber nur, wenn er nach Anstellung der Klage (gegen ihn) eintrat [17].

4) Der Kläger bei der hereditatis petitio muß, um durchzudringen, natürlich beweisen, daß der Erblasser gestorben und er zur Erbschaft berufen worden sei, und daß der Beklagte Nachlaßsachen besitze [18].

B: Anspruch auf provisorischen Besitz des Nachlasses.

§ 309.

(Arndts §§ 535—539.)

Durch die Erbschaftsklage verfolgt man ein Recht auf den Nachlaß und auf Herausgabe desselben; sie ist eine sog. petitorische Klage. Es giebt aber auch Fälle, in welchen es sich bloß davon handelt, den Besitz des Nachlasses vorläufig zu erlangen, und zwar

I. kann der Erbe vom unberechtigten Besitzer der Nachlaßsachen vorläufige Einräumung des Besitzes derselben verlangen, wenn er

---

[15] D. h. t. l. 40 pr., l. 25 § 7, l. 31 § 3; I. de off. iud. 4, 17 § 2. Meine Erörterungen III S. 107 f.

[16] D. l. c. l. 20 § 2 u. 12, l. 33 § 1, l. 38, 39.

[17] D. h. t. l. 40 pr. Meine Erörterungen l. c. S. 131 f.

[18] Über diesen Beweis s. Arndts § 532. — Über Das, was Arndts § 532 bei Note f bemerkt, s. oben § 298 Nr. IV 1 a.

sein Erbrecht nicht vollständig beweisen, aber doch wahrscheinlich machen kann. Zu diesem Zweck hat der Erbe

1) das interdictum quorum bonorum[1];

2) das remedium ex lege ultima Cod. de edicto Divi Hadriani tollendo[2], wenn der Erbe durch Produktion eines äußerlich fehlerfreien Testaments sein Erbrecht wahrscheinlich machen kann[3].

II. Es können gewisse Personen Einräumung des Besitzes und der Verwaltung des Nachlasses und des Unterhalts aus demselben bis zu einem gewissen Zeitpunkt ansprechen[4]. Hierher gehören:

1) Die missio in possessionem (bonorum possessio) ventris nomine[5];

2) die bonorum possessio der unmündigen Descendenten des Erblassers, dem sein Kindesverhältnis bestritten wird: missio in bona ex Carboniano edicto[6];

3) die missio in possessionem furiosi nomine[7].

III. Endlich kann ein im Testament unter Suspensiv bedingung Eingesetzter, während die Bedingung noch schwebt, provisorisch in Besitz und Verwaltung des Nachlasses gesetzt werden[8].

Viertes Kapitel. Die Veräußerung einer Erbschaft.

§ 310.

(Arndts § 540.)

Hierüber gilt Folgendes.

1) Eine erworbene Erbschaft gehört zum Vermögen des Erben; er kann so frei darüber disponiren, wie über sein übriges Ver-

[1] Arndts § 535 erster Absatz. Über die Bedeutung und Erfordernisse dieses Interdikts wurde schon oben § 271 Lit. D Nr. III das Nähere ausgeführt.

[2] Cod. de ed. Divi Hadr. toll. 6, 33 cst. 3. S. Arndts § 535 zweiter Absatz.

[3] Bei diesem gilt im übrigen Dasselbe, was oben § 271 Lit. D Nr. III über das interdictum quorum bonorum ausgeführt wurde; nur mit dem Unterschied vom interdictum quorum bonorum, daß dieses bloß auf Herausgabe der corpora, das remedium auf den Nachlaß überhaupt geht.

[4] Vgl. oben § 271 Lit. E. [5] S. Arndts § 536.

[6] Darüber s. Arndts § 537 und oben § 298 Nr. IV 1 b.

[7] Arndts § 538. Über diese s. das Nähere oben § 298 Nr. III.

[8] Arndts § 539. Darüber s. oben § 291 Nr. I 1 c.

mögen; also sie auch veräußern durch Verkauf, Schenkung, Tausch. Aber natürlich von seinen Pflichten als Erbe kann er durch eine solche Veräußerung nicht frei werden, da man sich seiner Verbindlichkeiten nicht einseitig entledigen kann. Er bleibt daher Erbe mit allen Verbindlichkeiten eines Erben, trotz der Veräußerung der Erbschaft. Hiernach gilt bei ihr, z. B. beim Verkauf einer erworbenen Erbschaft Folgendes. Es wird dadurch nicht eine Universalsuccession[1] begründet; die Erbschaft geht nicht als ein Ganzes durch den Verkauf auf den Käufer über. Vielmehr wird durch die Veräußerung bloß eine Singularsuccession[2] begründet. Der Käufer ist bloß Singularsuccessor des veräußernden Erben; der Erbe hat ihm die einzelnen Erbschaftssachen herauszugeben und zu tradiren und dadurch erst wird der Käufer Eigenthümer derselben; ferner hat er ihm die geerbten Forderungen zu cediren[3]; die Schulden des Erblassers aber gehen nicht auf den Käufer über; der Erbe haftet immer noch den Gläubigern des Erblassers und den Vermächtnisnehmern; sie haben sich allein an ihn zu halten[4]; nur darf er von der Erbschaft so viel zurückbehalten oder vom Käufer zurückverlangen, als zur Tilgung der Schulden nöthig ist. Auch kann er die Forderungen, die er an den Erblasser hatte, trotz der eingetretenen confusio vom Käufer bezahlt verlangen, muß aber Das, was er dem Erblasser schuldig war, dem Käufer mit den anderen Nachlaßsachen zahlen[5].

2) Von dem (unter Nr. 1) Ausgeführten macht aber eine Ausnahme der Fall, wenn der Fiskus eine erworbene Erbschaft verkauft. Hier tritt die Singularität ein, daß der Käufer als Universalsuccessor behandelt wird, die Erbschaft also sofort auf ihn durch den einen Akt des abgeschlossenen Kaufvertrags übergeht, er also sofort Eigenthümer der Erbschaftssachen ohne Tradition wird, die Schulden des Erblassers sofort auf ihn übergehen, er somit un-

---

[1] Vgl. oben § 269 Lit. A I 1.

[2] Vgl. oben § 269 Lit. A I 2.

[3] Sie gelten durch den Verkauf als cedirt. Cod. de hered. vendita 4, 39 cst. 5 u. 6.

[4] Arndts l. c. Note c. Die Gläubiger des Erblassers können sich an den Käufer nur dann unmittelbar halten, wenn dieser einwilligt; aber wenn sie dann ihn als Schuldner in Anspruch nehmen (wozu sie nicht gezwungen sind): so können sie nicht gegen den Erben klagen. Cod. h. t. 4, 39 cst. 2; de pact. 2, 3 cst. 2; D. ad SC. Vellei. 16, 1 l. 13 pr. a. E.

[5] Arndts l. c. Note e. D. de her. vend. 18, 4 l. 2 § 18—20.

mittelbar den Erbschaftsgläubigern haftet und dann diese sich gar nicht mehr an den Fiskus halten können, so daß der Fiskus ganz aufhörte, Erbe zu sein[6].

3) Wenn der Erbe seine Erbsportion verkauft und es fällt nachher einer seiner Miterben weg, so daß ihm die Portion seines Miterben oder ein Theil derselben vermöge des ius adcrescendi anwächst: so ist es eine sehr bestrittene Frage, ob nun der Käufer das Recht habe auch diese anwachsende Portion zu verlangen. Vor Allem kommt es natürlich darauf an, was die Partieen bestimmten; wenn sie daher ausdrücklich festsetzten, daß bloß die Hauptportion des Erben, nicht aber eine etwa abkrescirende Portion mit verkauft sein solle, oder ausdrücklich bestimmten, daß Beides verkauft sein solle, so ist die Sache außer Zweifel. Es geht dann nach dem Inhalt des Vertrags[7]. Wie geht es aber, wenn die Partieen sich bloß allgemeiner unbestimmter Ausdrücke bedienten, z. B. sagten: die Erbsportion (ohne nähere Bestimmung) solle um so und so viel verkauft sein. Was findet hier im Zweifel statt? Nun ist zwar so viel unzweifelhaft, daß, wenn der Erbe seine Institutions-Portion verkaufte, im Zweifel seine etwaige Substitutions-Portion nicht mit verkauft ist (wenn er auch zugleich substitutus eines Miterben ist). Denn diese wird nicht als Theil oder als Nebensache der Institutions-Portion angesehen, und erfordert, wenn auch der Erbe seine Institutions-Portion angetreten und erworben hat, noch eine ganz besondere Antretung und deßwegen: alia hereditas est, auf welche das in Beziehung auf die Institutions-Portion Geschehene nicht angewendet werden kann[8].

Ganz anders ist es aber bei der angewachsenen Portion (ius adcrescendi); diese wird als ein reiner unbedingter Anhang der Hauptportion des Erben betrachtet: er erwirbt sie ipso iure, ohne daß eine besondere Antretung nöthig ist, und selbst wenn er seine Hauptportion schon angetreten hat und dann stirbt, und erst nach seinem Tode ein Miterbe wegfällt, so fällt die Abkretions-Portion doch seinen Erben zu, eben deßwegen, weil diese Portion gar nicht

---

[6] S. Arndts l. c. Note d und § 608 Note n. D. de hered. petit. 5, 3 l. 54 pr. Vgl. besonders auch Bangerow Pand. § 564 Nr. II.

[7] D. de her. vend. 18, 4 l. 2 § 1. 2.

[8] D. l. 2 § 2 cit.

eine ſelbſtändige, ſondern ein reiner Nebentheil der Hauptportion iſt[9]. Hieraus folgt dann ganz von ſelbſt, daß der Käufer der Erbſchaft im Zweifel, und wenn nichts Anderes ausdrücklich verabredet iſt, auch die ſpätere Abkretions-Portion bekommt, weil er, ſo gut wie jeder Käufer[10] auch auf die ſpäteren Acceſſionen der Hauptſache Anſpruch hat[11].

---

[9] Vgl. D. de adquir. her. 29, 2 l. 83.
[10] D. de peric. rei vend. 18, 6 l. 7.
[11] Dies ſagt auch Ulpian in D. h. t. 18, 4 l. 2 § 4 verglichen mit § 1 u. § 3 eod.

Dritter Abſchnitt.

Die Vermächtniſſe*.

Erſtes Kapitel. Die allgemeinen allen Vermächtniſſen gemeinſamen Grundſätze.

Begriff und Gattungen der Vermächtniſſe und hiſtoriſche Einleitung.

§ 311.

(Arndts § 541.)

Die Vermächtniſſe[1] ſind ein Gegenſatz zu den Erbeseinſetzungen, nämlich ſolche letztwillige Zuwendungen, die der Erblaſſer außer den Erbeseinſetzungen zu Gunſten Jemandes machte[2].

Sie zerfallen in zwei Haupt-Gattungen, in die Singular-vermächtniſſe und die Univerſal- oder Erbſchafts-Vermächtniſſe[3]. Für Vermächtniſſe überhaupt hat das römiſche Recht keine Bezeichnung; es hat nur zwei Bezeichnungen für verſchiedene Klaſſen von Vermächtniſſen[4]: legatum und fideicommissum.

I. Die Legate, ein Inſtitut des altrömiſchen ius civile. — In den Zeiten der Republik bis zu Auguſtus konnte ein Vermächtnis nur

---

* Über die Litteratur ſ. Arndts § 541 Anm. a. E., beſonders zu vergleichen iſt die dort angeführte Fortſetzung des Glück'ſchen Kommentars von Arndts Bd. 46. 47.

[1] Über den Begriff der Vermächtniſſe ſ. oben § 269 Lit. B.

[2] Was Jemand in Folge des letzten Willens des Erblaſſers aus dem Nachlaß oder auf Koſten des Nachlaſſes erhält, aber nicht durch unmittelbaren Eintritt in den Nachlaß als Ganzes (in die Geſammtheit des Nachlaſſes).

[3] Das Nähere über dieſe wichtige Verſchiedenheit mußte ſchon oben § 269 Lit. B Nr. I, II ausgeführt werden.

[4] Das neueſte und geltende römiſche Recht über Vermächtniſſe weicht in Vielem vom früheren römiſchen Recht ab, indem Juſtinian hier Vieles änderte und vereinfachte. Um dasſelbe und ſeinen Gegenſatz zum früheren Recht gehörig aufzufaſſen und die römiſchen Quellen verſtehen zu können, iſt eine Einleitung über den Entwicklungsgang der Grundſätze über Vermächtniſſe unerläßlich.

errichtet werden in einem (förmlichen) Teſtamente, und zwar nur in beſtimmten lateiniſchen Wortformen, die größtentheils die Form eines Befehls hatten (verbis directis, civilibus, imperativis[5]). Solche Vermächtniſſe hießen legata, weil ſie gleichſam eine lex für den Erben waren, d. h. er ſie auszahlen mußte, wenn er die Erbſchaft erwarb. Der Empfänger hieß legatarius. Betrugen ſolche Legate zuſammen mehr als den Werth von $^3/_4$ der Erbsportion des (mit der Auszahlung belaſteten) Erben, ſo konnte dieſer von den Legaten nach einer Beſtimmung der lex Falcidia (eines Plebiſcites vom Jahre 714 der Stadt) ſo viel abziehen, als nöthig war, um den vierten Theil ſeiner Erbsportion frei zu bekommen[6].

Von dieſen Legaten gab es nach der Verſchiedenheit der Wortform, in der ſie errichtet wurden, 4 Gattungen, nämlich das legatum per vindicationem, per damnationem, legatum sinendi modo und das per praeceptionem, welche unter ſich im Einzelnen in den Rechtsgrundſätzen ſehr verſchieden waren[7].

Auf dieſe Weiſe konnten aber bloß Singularvermächtniſſe errichtet werden. Zwar konnte der Erblaſſer dem Erben auch auferlegen, einem Dritten eine Quote des geſammten Nachlaſſes als Legat herauszugeben, alſo gleichſam mit ihm die Erbſchaft zu theilen (legatum partitionis); allein auch dadurch wurde bloß eine Singularnachfolge begründet; denn der legatarius partiarius trat (in einem ſolchen Falle) nicht in die Quote aller Aktiva und Paſſiva des Erblaſſers ein; er erwarb nicht an jedem Gegenſtande des Nachlaſſes eine Quote und die Schulden des Erblaſſers gingen nicht zu einer Quote auf ihn über, ſondern der Erbe blieb allein den Gläubigern verhaftet, zog vom Nachlaß ſo viel ab, als zur Zahlung der Schulden nöthig war und theilte dann den Reſt mit dem Legatar, wobei ſie ſich gegenſeitig durch Stipulationen verſprechen mußten, nachzuzahlen, reſp. zurückzuzahlen, wenn ſpäter noch weitere Rechte oder Verbindlichkeiten des Erblaſſers ſich ergeben würden; auch konnte der Erbe den legatarius partiarius für ſein Legat mit einer dem Werth desſelben entſprechenden Geldſumme abfinden[8].

---

[5] Vgl. I. de legatis 2, 20 § 2. [6] Arndts § 562 Anm. 1.
[7] Arndts § 541 Anm. I. l. c. Gaius Inst. II § 192—223.
[8] Arndts § 580 Anm. 2.

II. Die Fideicommiſſe. Neben dieſen Legaten bildete ſich aber am Ende der Republik noch eine freiere Form für Vermächtniſſe, die fideicommissa. Es waren dies Vermächtniſſe, die Jemand errichtete, ohne ſich der lateiniſchen Legatsformeln zu bedienen, alſo in anderen lateiniſchen Worten, oder in anderer Sprache, oder die Jemand errichtete in einem letzten Willen, der nicht Teſtamentsform hatte, z. B. in einem bloßen Billet, das er an den Erben richtete (in codicillis). Es konnte nämlich leicht vorkommen, daß Jemand Vermächtniſſe zu errichten wünſchte, aber verhindert war, ein förmliches Teſtament zu errichten oder eines ſchon gemacht hatte. In ſolchen Fällen konnte er ſeinen Wunſch nicht in rechtsgültiger Weiſe ausführen, weil man dem Erben eine ihn verpflichtende Auflage nur in einem Teſtamente (in Legatsform) machen konnte. Er mußte ſich daher in ſolchen Fällen aufs Bitten und Erſuchen legen; er erſuchte ſeinen künftigen Erben in einem Billet oder in einem formloſen ſchriftlichen Aufſatz, codicilli, oder mündlich, er möchte doch ſo gut ſein, Das und Das der und der Perſon (vom Nachlaß) zu geben oder auszubezahlen. Freilich war der Erbe nicht verbunden, ein ſolches Erſuchen zu erfüllen; der Erblaſſer konnte nur der Pietät, der Gewiſſenhaftigkeit ſeines Erben vertrauen, fidei heredis committebat, daß er einen ſolchen letzten Wunſch freiwillig erfüllen werde, und ſo ergab ſich für ſolche formloſe Vermächtniſſe, die nicht in bindender Weiſe und deßhalb in höflichen, erſuchenden Worten, errichtet wurden (weil ſie für den Erben nicht verbindlich waren), von ſelbſt der Name fideicommissa[9]. Allein in den letzten Zeiten der Republik wurde dieſes Fideicommittiren immer häufiger; Auguſtus namentlich begünſtigte es, ließ ſogar einige Mal die Erben zwingen, ſolche Fideicommiſſe zu erfüllen, und er ſelbſt erfüllte einmal als Erbe ſolche in einem formloſen Codicill des Erblaſſers an ihn gerichtete Erſuchen; und als ſogar der angeſehene Juriſt Labeo ſolche codicillos hinterließ[10], zweifelte man nicht mehr an ihrer Rechtsgültigkeit, und ſo kam durch Gewohnheitsrecht der Grundſatz auf, daß ſolche Codicille ein vollkommen gültiger letzter Wille ſeien, nur daß in ihnen nicht ein Erbe ernannt

---

[9] I. de fideicomm. heredit. 2, 23 § 1. Gaius Inst. II 249 (peto, rogo te, volo, fideicommitto).

[10] Auch Trebatius, von Auguſtus befragt, hatte für ihre Gültigkeit ſich erklärt: utilissimum et necessarium civibus esse propter longas peregrinationes.

oder ein Notherbe enterbt werden konnte, und daß daher der Erbe zur Auszahlung der im Codicill angeordneten Vermächtniſſe, die aber den Namen fideicommissa beibehielten, verpflichtet ſei [11].

III. So hatte man daher zwei Gattungen von Vermächtniſſen, legata und fideicommissa. Zwiſchen dieſen Fideicommiſſen aber, die natürlich auch in einem Teſtament errichtet werden konnten, und den Legaten beſtanden in den Rechtsgrundſätzen eine Menge Verſchiedenheiten [12]. — Alles Dieſes galt namentlich noch in den Zeiten, in welchen die in den Digeſten excerpirten Juriſten lebten. Erſt Kaiſer Konſtantin und Theodoſius II. ſchrieben [13] auch für die Codicille eine Form vor, die Zuziehung von 5 Zeugen; ſo daß von da an Fideicommiſſe nur errichtet werden konnten in einem Teſtament oder in einem vor 5 Zeugen errichteten Codicill.

IV. Außerdem beſtand noch bei den Fideicommiſſen unter ſich nach der Verſchiedenheit ihres Gegenſtandes ein großer Unterſchied.

1) Wenn bloß einzelne Aktiva, Sachen oder Summen fideicommittirt wurden (fideicommissum rerum singularum oder speciale, Singular-Fideicommiß), ſo wurde dadurch, wie bei den Legaten, bloß eine Singularſucceſſion [14] begründet [15].

2) Es konnte aber auch der ganze Nachlaß oder eine Quote davon fideicommittirt, d. h. dem Erben auferlegt werden, die Erbſchaft einem Dritten ganz oder zu einer Quote abzugeben. Die Römer bezeichnen hier den Erben als heres fiduciarius, das Fideicommiß paſſend durch fideicommissum hereditatis oder fideicommissaria hereditas; wir durch: Univerſal- oder Erbſchaftsvermächtnis; den Empfänger durch: Univerſalfideicommiſſar (Erbſchafts-Vermächtnisnehmer). Anfangs wurde durch ein ſolches Fideicommiß nicht eine Univerſal-, ſondern bloß eine Singularſucceſſion begründet [16]. Aber

---

[11] l. de codicill. 2, 25 pr.

[12] S. darüber beſonders Gaius Inst. II § 268—289.

[13] Konſtantin bloß für Inteſtat-Codicille; Theodoſius II. für alle Codicille. Vgl. Windſcheid Pand. § 628 Note 3.

[14] In dem oben § 269 Lit. B Nr. I ausgeführten Sinne.

[15] l. de singulis rebus per fideic. rel. 2, 24 pr.

[16] Ähnlich, wie bei dem legatum partitionis, vgl. oben nach Anm. 7.

a. ein senatusconsultum Trebellianum[17] beſtimmte, daß durch ein ſolches Fideicommiß eine wahre Univerſalnachfolge[18] begründet werden ſolle[19]. Nur beſtand bei dieſem senatusconsultum noch ein Übelſtand: es konnte nämlich der Erbe das Fideicommiß fallen machen, wenn er die Erbſchaft ausſchlug, und Dieſes that er natürlich häufig, wenn das Fideicommiß ſeinen Erbtheil ganz oder beinahe ganz erſchöpfte. Um Dieſem abzuhelfen, wurde

b. durch ein senatusconsultum Pegasianum (unter Veſpaſian) dem Erben dasſelbe Recht eingeräumt, welches durch die lex Falcidia bei Legaten eingeführt war, und das auch bei Singularfideicommiſſen galt: nämlich der Erbe durfte, wenn das Univerſalfideicommiß $^3/_4$ ſeines Erbtheils überſtieg, davon einen Abzug ſo weit machen, bis er die Quart ſeines Erbtheils für ſich frei hatte. Dafür erhielt aber der Univerſalfideicommiſſar das Recht, den Erben zum Erbſchaftsantritt zu zwingen. Wenn jedoch der Erbe von dem Recht auf die Quart Gebrauch machte, ſo wurde nun der Univerſalfideicommiſſar im Übrigen bloß als legatarius partiarius behandelt[20].

Dieſe beiden senatusconsulta galten neben einander bis zu Juſtinian, und zwar in der Art, daß der Erbe die Wahl hatte, das Univerſalfideicommiß zu reſtituiren entweder ex senatusconsulto Trebelliano (dann galt das unter a. Angeführte), oder ex senatusconsulto Pegasiano (dann galt das unter b. Angeführte)[21].

V. In allem Dieſen verdanken wir Juſtinian eine große Vereinfachung; er reducirte Alles auf die oben § 269 Lit. B. I. und II. ausgeführte einfache Unterſcheidung. Denn

1) bei den Univerſalfideicommiſſen kombinirte er die zwei senatusconsulta, indem er einen Theil des Pegasianum in das Trebellianum aufnahm und Folgendes beſtimmte: Auf Univerſalfideicommiſſe ſollen ſtets die Beſtimmungen des SC. Trebellianum angewendet werden; dabei ſoll aber auch Das noch hinzukommen, was das Pegasianum über die quarta und den Zwang zur Erb-

---

[17] Consulibus Trebellio Maximo et Annaeo Seneca, unter Nero.

[18] Auf die oben § 269 Lit. B II bemerkte Weiſe.

[19] I. de fid. heredit. 2, 23 § 4; D. ad SC. Treb. 36. 1 l. 1 § 1 u. 2. Arndts § 580 Anm. 1.

[20] S. oben Nr. I a. E. I. de fideic. her. 2, 23 § 5.

[21] I. l. c. § 6; Gaius II 255—258.

ſchaftsantretung feſtſetzte und dieſe letzteren Beſtimmungen (über die Quart und den Zwang) ſollen ſo behandelt werden, als ob ſie ſchon im Trebellianum geſtanden hätten. Deßhalb nennen wir die Quart, die der Erbe dem Univerſalvermächtnisnehmer abziehen darf, quarta Trebellianica, obwohl das Pegasianum es war, das ſie bei Univerſalfideicommiſſen einführte und ſie nichts Anderes iſt, als die alte quarta Falcidia, angewendet auf Univerſalfideicommiſſe[22].

2) hob er alle Rechtsunterſchiede zwiſchen den 4 Klaſſen der Legate auf[23].

3) Endlich ging er noch weiter. Er hob bei den Singularvermächtniſſen jeden praktiſchen Unterſchied zwiſchen Legaten und Fideicommiſſen, der in den Rechtsgrundſätzen beſtand, auf und beſtimmte: Von den verſchiedenen Grundſätzen, welche bei Legaten und Fideicommiſſen galten, ſoll nun bei beiden derjenige Grundſatz allein gelten, welcher der liberalere, dem Vermächtnisnehmer und dem Willen des Erblaſſers günſtigere ſei, und deßhalb ſolle, wenn man darüber bei einem einzelnen Grundſatz im Zweifel ſei, dann bei Beiden Das gelten, was bisher bei den Fideicommiſſen gegolten habe[24]. In dieſem Sinne wurden auch einzelne Digeſtenſtellen interpolirt[25]. — Hiernach haben wir

VI. Das praktiſche Reſultat. Zwiſchen Legaten als ſolchen und den Fideicommiſſen beſteht kein rechtlicher Unterſchied mehr. Eine Verſchiedenheit in den Rechtsgrundſätzen bei den Vermächtniſſen, mögen ſie legata oder fideicommissa heißen, wird nicht mehr durch die Worte und die Form der Errichtung, ſondern lediglich durch den Gegenſtand begründet. Hiernach

1) iſt das legatum partitionis (ſ. Nr. I. a. E.) ausgeglichen mit dem Univerſalfideicommiß, d. h. bei jedem Vermächtnis, wenn es die ganze Erbſchaft oder eine Quote derſelben betrifft, muß nun das Gleiche gelten[26]. Ferner iſt

---

[22] I. de fideic. her. 2, 23 § 7.

[23] In Cod. communia de legat. 6, 43 cst. 1, vgl. I. de leg. 2, 20 § 2. — Auch hatte Konſtantin beſtimmt, daß es bei den 4 Arten der Legate nicht mehr auf den Gebrauch der Wortformen ankommen ſoll, ſondern lediglich auf den Willen des Erblaſſers, welche Art er durch ſeine Worte feſtſetzen wollte. Cod. de legat, 6, 37 cst. 21.

[24] Cod. l. c. 6, 43 cst. 2; I. de leg. 2, 20 § 3.

[25] Z. B. D. de legatis I (30) l. 1.

[26] Nämlich das oben § 269 Lit. B II Ausgeführte.

2) der Unterschied zwischen Legat und Fideicommiß einzelner Aktiva ganz aufgehoben (s. V. 3); bei allen Singularvermächtnissen gilt nun das Gleiche[27].

3) Man kann daher überhaupt nicht mehr praktisch zwischen Legat und Fideicommiß unterscheiden, sondern nur zwischen Singular- und Universal- oder Erbschaftsvermächtnissen[28]. Wir gebrauchen daher die Ausdrücke Legat und Fideicommiß, Legatar und Fideicommissar für Vermächtnis und Vermächtnisnehmer überhaupt; nur daß man für Singularvermächtnisse mehr den Ausdruck Legat gebraucht, was in so fern paßt, als auch die legata des älteren römischen Rechts nur Singularvermächtnisse waren; und daß man den Ausdruck: Fideicommiß hauptsächlich für das Universalvermächtnis, mitunter auch für solche Singularvermächtnisse gebraucht, die durch mehrere Hände gehen[29].

VII. Wer durch den Willen des Erblassers Etwas mortis causa bekommen soll, also auch der Vermächtnisnehmer, heißt im Allgemeinen: honoratus (der Honorirte, der Bedachte). Wer ein Vermächtnis auszuzahlen hat, heißt im Allgemeinen oneratus (gravatus, Belasteter[30]).

VIII. Die einzelnen Fälle von Singularvermächtnissen, welche in unseren Quellen beispielsweise angeführt sind, werden von den Quellen hauptsächlich deßhalb herausgehoben, um dabei zu zeigen, was in solchen Fällen als dem wahrscheinlichen Willen des Erblassers entsprechend und deßhalb im Zweifel anzunehmen ist. Es sind daher die hier einschlagenden Bestimmungen hauptsächlich Regeln über die Auslegung des Willens des Erblassers[31].

---

[27] Also das oben § 269 Lit. B I Bemerkte.

[28] In der oben § 269 Lit. B ausgeführten Weise.

[29] Besser aber ist es, sich bloß der Ausdrücke Universal- oder Erbschaftsvermächtnis und Singularvermächtnis zu bedienen und die Worte legatum und fideicommissum nur historisch zu gebrauchen für Das, was das ältere römische Recht darunter versteht.

[30] Arndts (§ 542 f.) nennt ihn auch: Vermächtnisträger; in den römischen Quellen heißt er bei Legaten: is, a quo legatur, der Auszahler des Legats, d. h. von dessen Portion Etwas weglegirt wird; und bei Fideicommissen: is, cuius fidei committitur; und bei Universalfideicommissen, die der Erbe auszuzahlen hat: heres fiduciarius.

[31] Diese Fälle s. bei Arndts §§ 568—579. — Dabei ist zu vergleichen: über (Arndts) § 569 Nr. 1—3 und § 575 Nr. 1—5: unten § 318 Nr. IV und (unten) § 315; ferner über Arndts § 575 bei Note g das unten § 318 Nr. II 2 Auszuführende.

Subjekte bei den Vermächtnissen.

§ 312.

(Arndts § 542—544.)

I. Ein Vermächtnis errichten kann Jeder, der testamenti factio activa hat[1].

II. Mit einem Vermächtnis belastet werden kann, Wer durch Anordnung des Erblassers in seinem Todesfalle Etwas erhält, also seine Testaments- oder Intestaterben, ferner ein Vermächtnisnehmer und wer sonst Etwas mortis causa durch den Erblasser bekommt[2]. Dabei ist noch zu bemerken:

1) Niemand kann über den reinen Betrag Dessen hinaus, was er durch den Erblasser mortis causa bekommt, mit Vermächtnissen belastet werden[3]; ausgenommen der Erbe, wenn er kein gehöriges Inventar errichtet hat[4].

2) Wenn der Erblasser in seinem letzten Willen bestimmt, wer von den (unter II im Anfang) genannten Personen das Vermächtnis zahlen soll, so geht es natürlich nach dieser Bestimmung[5]. Bestimmt er Nichts darüber (z. B. er sagt bloß: „Vermächtnisse sollen erhalten: A. 2000 M., B. mein Haus"), so müssen eben seine Erben es auszahlen, und zwar hat, wenn er nicht Anderes festsetzte, jeder Erbe an jedem Vermächtnis in dem Verhältnis zu zahlen, in welchem er Erbe ist; also wenn A. zu $1/3$, B. zu $2/3$ Erben geworden sind, so hat an allen Vermächtnissen A. $1/3$, B. $2/3$ zu zahlen[6].

III. Mit einem Vermächtnis bedacht, honorirt werden, kann Jeder, der testamenti factio passiva[7] hat. Nur nimmt man gewöhnlich an, daß einem (zur Zeit des Todes des Erblassers) noch nicht Geborenen ein Vermächtnis auch dann ertheilt werden kann, wenn er zur Zeit des Todes des Erblassers noch nicht koncipirt war[8].

Wenn Mehreren miteinander ein Gegenstand vermacht wird

---

[1] Der also zur Zeit des Vermächtnisses überhaupt einen letzten Willen errichten kann, vgl. oben § 283. Arndts § 542 Note a.

[2] S. oben § 269 Lit. C u. D, und Arndts § 542 Note b und Anm. 1.

[3] Arndts § 542 Note c und Anm. 2.

[4] S. oben § 304 Lit. C Nr. II 2.

[5] S. Arndts § 543 Note a u. b.

[6] Arndts § 543 Note c u. e. Über Arndts § 543 bei Note g—h s. unten § 316. 319.

[7] Vgl. oben § 274.

[8] Arndts § 542 Anm. 3 a. E.

(collegatarii oder legatarii re coniuncti), so theilen sie im Zweifel nach Köpfen[9].

IV. Natürlich kann auch ein Vermächtnis einem Erben ertheilt werden, praelegatum[10]. Prälegat nämlich oder Vorvermächtnis ist Alles, was der Erblasser einem Erben noch neben dessen Erbtheil durch letzten Willen zuwendet. Es ist aber hier zu unterscheiden:

1) das sog. einfache Prälegat (Prälegat im weitern Sinn), wenn der Erblasser die Auszahlung des Prälegats, das sein Erbe bekommen soll, bestimmten anderen Personen, z. B. einem Miterben (oder einem Vermächtnisnehmer) auferlegt; z. B.: „A., B., C. sollen meine Erben sein; A. und B. sollen dem C. ein Vermächtnis von 6000 M. geben". Hier müssen eben diese von ihrer Portion das Prälegat an den Erben C. abgeben und dieser bekommt es ganz nach Vermächtnisgrundsätzen und hat es als besonderen Vortheil neben seinem Erbtheil. Ist auf diese Weise mehreren Erben mit einander ein Prälegat hinterlassen, so theilen sie es im Zweifel nach Köpfen[11].

2) Etwas verwickelter wird aber die Sache, wenn der Erblasser nicht einer bestimmten Person (z. B. einem der Erben) die Zahlung des Vermächtnisses auferlegte, sondern bloß im Allgemeinen sagte: „die Erben sollen es zahlen"; oder bloß sagte: „der Erbe N. soll Das und Das zum Voraus haben": Prälegat im engeren Sinn[12]. Hier haben dann alle Erben am Prälegat zu zahlen, also auch der mit dem Vermächtnis bedachte Erbe selbst, der sog. Prälegatar nach der Größe seiner Erbsportion[13]. Man muß daher dann unterscheiden:

a. Was dem Prälegatar seine Miterben zahlen müssen, bekommt er als reines Vermächtnis[14].

b. Da aber Niemand sich selbst Etwas schuldig sein, also auch

---

[9] Cod. de cad. toll. 6, 51 cst. un. § 11. Also auch mehrere Erben das Prälegat, das sie mit einander bekommen.

[10] Arndts § 544 (in der Mitte). Über die Litteratur s. Arndts l. c. Anm. 1 und nun besonders auch: Gust. Kretschmar Die Natur der Prälegates (Leipzig 1874. 297 Seiten).

[11] Nicht pro portione hereditaria. D. de legat. I (30) l. 67 § 1; de instr. legat. 33, 7 l. 2 pr. Arndts § 544 Note d.

[12] Arndts § 544 Anm. 1.

[13] Vgl. oben Nr. II 2.

[14] Es treten also bei diesem Theil die Vermächtnisgrundsätze ein.

nicht ſelbſt ſich ein Legat zahlen kann, ſo iſt Das, was ein ſolcher Prälegatar, wenn er die Erbſchaft angetreten hat[15], am Prälegat ſich ſelbſt auszahlen müßte, als Vermächtnis ungültig; er behält es zwar, aber nicht als Vermächtnis, das er ſich zu zahlen hätte, ſondern als Theil ſeiner Erbsportion, iure heredis, nicht iure legatarii[16]; z. B. wenn mein Vermögen 12,000 M. beträgt und ich den A. zu 1/3, den B. zu 2/3 zu Erben einſetze und dem A. 3000 M. zum Voraus vermache, ſo bekommt als Erbe: A. 4000 M., B. 8000 M.; von dieſen 8000 M. muß B. dem A. an deſſen Prälegat 2/3, alſo 2000 M. zahlen, dieſe bekommt A. als wahres Vermächtnis. Sich ſelbſt müßte A. am Vermächtnis 1/3, alſo 1000 M. zahlen. Dieſes geht aber nicht und ſo behält er eben dieſe 1000 M. bei ſeiner Erbsportion als Erbe[17]; A. bekommt alſo im Ganzen (als Erbe 4000 M., als Vermächtnisnehmer 2000 M.) 6000 M.; B. erbt 8000 M., muß aber daran dem A. 2000 M. als Legat zahlen[18].

c. Die Entſcheidung unter Lit. b iſt ganz konſequent und entſpricht der Natur der Sache. Dagegen wird das römiſche Recht überſubtil (und unnatürlich) in dem Fall, wenn der mit einem Prälegat honorirte Erbe einen Kollegatar hat, alſo ihm und einem Anderen mit einander das Vermächtnis vermacht iſt. Hier argumentirten die römiſchen Juriſten ſo: man müſſe ſtets verſuchen, ein Prälegat womöglich ganz als Vorvermächtnis aufrecht zu erhalten. Dieſes ſei aber, wenn der Prälegatar keinen Kollegatar habe, nicht möglich (ſ. Lit. b); wohl aber ſei es möglich, wenn er einen Kollegatar habe, und zwar dadurch, daß dann Das, was der Erbe, der das Prälegat mit einem Dritten bekommt, (nach Lit. b) ſich ſelbſt am Prälegat auszahlen müßte (was er alſo iure heredis behalten würde), er nun an ſeinen Kollegatar als Vermächtnis zu zahlen habe, es dieſem adkreſcire. Dadurch bleibt nun freilich das ganze Prälegat als Vermächtnis beſtehen, aber nur dadurch, daß dem Erben ein Theil Deſſen, was ihm

---

[15] Bis dahin iſt die Ungültigkeit ſchwebend. Vgl. Windſcheid Pand. § 627 Note 5.

[16] Dieſe Unterſcheidung: was man iure heredis behält, iſt wichtig wegen der quarta Falcidia und weil das Tragen der Schulden ſich nicht nach der Größe der Prälegate, ſondern nach der Quote der Erbtheile beſtimmt. Vgl. oben § 269 nach Anm. 10.

[17] In ſo weit iſt das Vermächtnis ungültig und ſind eigentlich nur 2000 M. legirt.

[18] Arndts § 544 Note f. g und Anm. 2 (im Anf.).

eigentlich gebührt, entzogen und einem Anderen als Vermächtnis gegeben wird[19]. Dieses gilt:

α. wenn dem Erben das Prälegat mit einem Dritten, der nicht auch Miterbe ist, vermacht ist; z. B. ich sage: „A. und B. sollen meine Erben sein, jeder zu $1/2$; dem A. und seinem Vetter N. vermache ich mein Haus". Hier erbt A. und sein Miterbe B. jeder $1/2$ des Vermögens, also auch $1/2$ vom Haus; jeder von beiden hat also am Prälegat $1/2$ zu leisten; B. leistet also von seinem Erbtheil $1/4$ des Hauses an N. und $1/4$ an A.; das Letztere bekommt A. als Vermächtnis; A. leistet auch von seinem Erbtheil $1/4$ des Hauses an N.; das andere $1/4$ müßte er sich selbst zahlen; da aber Dieses nicht zulässig ist, so adkrescirt es seinem Kollegatar N., und so bekommt am Vermächtnis N. $3/4$, A. $1/4$. (D. de legat. I l. 34 § 11.)

β. Wenn mehreren Miterben mit einander das Prälegat vermacht ist, z. B. ich bestimme: „meine Erben sollen sein A. zu $1/5$, B. zu $2/5$, C. zu $1/5$, D. zu $1/5$; A. und B. sollen mit einander 1000 M. voraus haben". Hier muß man so rechnen: an diesen 1000 M. müssen alle Erben nach der Größe ihrer Erbtheile zahlen (s. oben Nr. III), also zahlen C. und D. jeder daran $1/5$, somit jeder 200 M.; diese 400 M. bekommen nun A. und B. als reines Vermächtnis zu gleichen Theilen; A. bekommt von C. 100 M., von D. 100 M., und ebenso bekommt B. von C. und von D. je 100 M. Nun müßte aber auch A. am Prälegat $1/5$, also 200 M. zahlen und zwar hat er an B. die Hälfte, 100 M., als Vermächtnis zu zahlen, sich selbst aber müßte er die andere Hälfte, auch 100 M., zahlen. Da er sich selbst Nichts zahlen kann, so bekommt B. auch diese 100 M. und so bekommt im Ganzen B. von A. 200 M.; B. müßte am Legat auszahlen $2/5$, also 400 M., und zwar hat er zu zahlen an A. 200 M., welche A. als Vermächtnis bekommt; sich selbst müßte er die anderen 200 M. zahlen. Da aber dies nicht geht, so bekommt A. auch diese 200 M. und so erhält am Ende A. am Prälegat 600 M., B. 400 M. (s. Arndts § 544 Anm. 2, erste Hälfte; besonders Bangerow Pandekten II § 523 S. 422 ff.). In solchen Fällen tritt daher noch die Unnatürlichkeit ein, daß, je größer der Erbtheil des Erben ist, der mit einem Miterben ein Prälegat bekommt, um so kleiner der Theil wird, den er am Prälegat erhält, so daß z. B. wenn ich den A. zu $1/12$, den B. zu $11/12$ zu Erben ernenne und ihnen mit einander ein Prälegat gebe, an demselben A. $11/12$, B. bloß $1/12$ bekommt (D. l. c. l. 34 § 12).

Daß solche Resultate dem wahren Willen des Erblassers nicht entsprechen, wird nicht geleugnet werden können. Indessen, wenn der Erblasser es nicht anders bestimmte, müssen wir nach dem bestehenden Recht die Sache so behandeln.

d. Wenn der Erbe die Delation seines Prälegats erlebt, aber nicht Erbe wird, z. B. die Erbschaft ausschlägt, so bekommt er das ganze Prälegat als Vermächtnis[20].

---

[19] D. de legat. I (30) l. 34 § 11, 12. Arndts § 544 Anm. 2. — Dies wird zwar schwerlich dem Willen des Erblassers entsprechen; wenn er aber nicht eine andere Vertheilung festsetzt, so wird auf die angegebene Weise verfahren werden müssen und man nicht, wie Manche wollen, gegen diese Entscheidung der Quellen in solchen Fällen den Prälegataren gleiche Theile geben dürfen.

[20] Arndts § 544 Note h. Denn nun hat er ja selbst Nichts mehr als Erbe auszubezahlen. — Nur in dem Falle bekommt er natürlich hier gar Nichts, wenn der Erblasser sagte, er solle das Prälegat nur dann haben, wenn er auch wirklich Erbe werde.

Form der Errichtung der Vermächtniſſe.

§ 313.

(Arndts § 545.)

Vermächtniſſe jeder Art (ſowohl Univerſal- als Singularvermächtniſſe) können errichtet werden in jedem Teſtament, ferner in einem minder feierlichen letzten Willen, in einem Codicill[1].

Codicille kann man hinterlaſſen neben dem Teſtament (als beſonderen letzten Willen), ſei es, daß man ſie vor oder nach dem Teſtament macht: codicilli testamentarii. Dieſe können dann im Teſtament entweder nachträglich oder zum Voraus beſtätigt werden, (codicilli testamento confirmati) oder nicht[2].

Man kann aber auch Codicille machen, wenn man gar kein Teſtament macht: codicilli ab intestato. Im letzteren Falle müſſen eben die Inteſtaterben die im Codicill gemachten Auflagen erfüllen[3].

Natürlich kann der Erblaſſer mehrere Codicille, ſo viele er will, gültig hinterlaſſen; ſie gelten alle zuſammen und nur bei Widerſprüchen geht das neuere dem älteren vor[4].

Codicille errichten kann nur, wer teſtirfähig iſt[5].

Die Form (der Errichtung der Codicille) iſt folgende:

1) Der Erblaſſer kann ein Codicill errichten mündlich oder ſchriftlich vor fünf fähigen Zeugen. Er hat dabei Alles zu beobachten, was er bei Errichtung eines Privatteſtaments zu beobachten hat; nur daß ſtatt 7 bloß 5 Zeugen zuzuziehen und bei dem ſchriftlichen Codicill keine Siegel nöthig ſind[6]. Ein Blinder aber hat bei

---

[1] Über den möglichen Inhalt dieſer Codicille ſ. oben § 282 und über ihre geſchichtliche Entwicklung ſ. oben § 311 Nr. II.

[2] Die codicilli testamentarii fallen in der Regel mit dem Teſtament, wenn dieſes zuſammenfällt. D. de iure codicillor. 29, 7 l. 3 § 2. Vgl. Arndts § 551; Windſcheid Pand. § 630 und § 641. — Von Manchen wird behauptet, codicilli confirmati bedürfen (zu ihrer Errichtung) gar keiner Form. Allein dies iſt eine Verwechſelung des in den Digeſten enthaltenen älteren Rechts, nach welchem überhaupt bei gar keinem Codicill eine Form nöthig war (ſ. oben § 311 Nr. II), mit dem ſpäteren Recht. Denn nach dem letzteren iſt ja bei den Codicillen überhaupt eine beſtimmte Form nöthig, alſo auch bei den confirmatis.

[3] D. l. c. l. 3 pr., l. 8 § 1.

[4] Arndts § 551 Note c.

[5] Vgl. oben § 283.

[6] Cod. de codicill. 6, 36 cst. 8 § 3; de testam. 6, 23 cst. 28 § 1; Notariats-Ordn. von 1512 Titel von Teſtam. (II) § 2. — Über das Codicill des Aſcendenten ſ. Arndts § 489 nach Note d.

einem Codicill ganz die in Betreff des Testaments vorgeschriebene Form[7] zu beobachten[8].

2) Nach einer Bestimmung Justinians kann man Vermächtnisse auch durch eine bloße Erklärung an den Belasteten errichten[9]. Wenn nämlich der Erblasser Denjenigen, der das Vermächtnis bezahlen soll, persönlich vom Vermächtnis in Kenntnis setzt, also entweder mündlich, oder, wenn es schriftlich geschieht, ihm selbst persönlich (nicht, wie Manche glauben, durch einen Boten) die schriftliche Anordnung einhändigt, und der Belastete dies zugesteht, oder, falls er es leugnet, den darüber vom Vermächtnisnehmer ihm angetragenen Eid nicht schwört: so muß er das Vermächtnis zahlen, weil in einem solchen Fall an der wirklich geschehenen Errichtung nicht gezweifelt werden kann[10].

3) Daß ein Vermächtnis auch durch einen bloßen Vertrag mit dem Vermächtnisnehmer und gar ohne alle Form nach deutschem Recht begründet werden könne, wird zwar in neuerer Zeit häufig behauptet[11], ist aber unerweislich.

Die Codicillarklausel.

§ 314.

(Arndts § 546.)

Da Codicille zu ihrer Gültigkeit weniger erfordern, als ein Testament, so ist es möglich, daß ein als Testament ungültiger letzter Wille doch als Codicill bestehen könnte, wenn wenigstens die geringeren Requisite eines Codicills bei ihm vorhanden sind; z. B. wenn bei einem Testament nur 5 oder 6 Zeugen zugezogen sind oder unter den 7 Zeugen ein Unfähiger ist, oder kein Erbe ernannt ist, so ist das Testament als solches ungültig[1]; aber ein solcher letzter Wille könnte wohl als Codicill gelten, da ihm die Codicillsrequisite nicht fehlen. Wirklich wird auch in solchen Fällen das Testament als Codicill auf-

---

[7] S. oben § 285 Nr. II. [8] Arndts § 545 Anm. 1 a. E.

[9] Manche bezeichnen dies, aber unpassend, durch Oralfideicommiß.

[10] S. die Stellen bei Arndts l. c. Note c und Anm. 2. Vgl. Mayer Lehre von den Legaten S. 116 f., 158 f.

[11] Windscheid Pand. § 632.

[1] Vgl. oben § 296 Nr. I 2—4. Ferner fällt ein Testament als destitutum zusammen, wenn Keiner der eingesetzten Erben zur Erbschaft gelangt.

recht erhalten; aber nur, wenn dies dem Willen des Teſtirers entſpricht und er dieſen Willen dadurch ausgeſprochen hat, daß er dem Teſtament die ſog. Codicillarklauſel beifügte, d. h. im Teſtament erklärte, daß es, wenn es nicht als Teſtament gelten könne, als Codicill behandelt werden ſolle; oder nur geſagt iſt, daß es auf jede mögliche Weiſe aufrecht erhalten werden ſoll[2].

Wird auf dieſe Weiſe ein ungültiges Teſtament als Codicill aufrecht erhalten, ſo gehen die Folgen dahin:

1) Da das Teſtament als ſolches ungültig iſt, ſo tritt die Inteſtaterbfolge ein, außer der Erblaſſer hätte noch ein anderes gültiges Teſtament hinterlaſſen (in welchem Falle er aus dieſem beerbt wird)[3].

2) Der Inhalt des als Codicill aufrecht erhaltenen letzten Willens bleibt gültig, ſo weit er überhaupt den Inhalt eines Codicills[4] bilden kann.

3) Was aber nur Inhalt eines Teſtaments ſein kann, fällt zuſammen; namentlich Erbeseinſetzungen als ſolche. Sie werden aber als Univerſal-Vermächtniſſe aufrecht erhalten, d. h. Diejenigen, welche (nach Nr. 1) Erben werden, haben Denjenigen, welche in dem als Codicill aufrecht erhaltenen Teſtament eingeſetzt ſind, und den Zeitpunkt der Delation erlebten (z. B. nicht vor dem Erblaſſer oder vor Eintritt der Bedingung ſtarben), die Erbſchaft als Univerſal-Vermächtnis[5] herauszugeben[6].

Inhalt der Vermächtniſſe überhaupt.

§ 315.

(Arndts § 547.)

Vermachen kann man Alles, was in die Kategorie der Vermögensrechte fällt: dingliche Rechte, z. B. Eigenthum einer Sache oder Summe, einen Nießbrauch, ein Pfandrecht, oder perſönliche Rechte (Forderungen), auch den geſammten Nachlaß oder eine Quote daran[1].

---

[2] Arndts § 546 Note a, § 502 Anm. 3 Lit. e.
[3] Das nichtige Teſtament iſt kein Hinderniß.
[4] Nach (oben) § 282 Nr. 2.
[5] Nach dem unten in § 321 Auszuführenden.
[6] Arndts § 546 Note b.
[1] Vgl. oben § 269 Lit. B.

Ob, wenn Sachen vermacht wurden, ſie dem Erblaſſer gehören oder nicht, davon hängt in der Regel die Gültigkeit des Vermächtniſſes nicht ab. Vermacht der Erblaſſer Sachen, es ergiebt ſich aber, daß ſie ihm nicht gehörten (legatum rei alienae), ſo muß man unterſcheiden: wußte er, daß ihm die Sache nicht gehörte, ſo wollte er offenbar dem Onerirten auferlegen, die Sache für den Vermächtnisnehmer zu kaufen; dies kann nun der Letztere fordern[1]; wenn aber der Kauf nicht möglich oder ſehr ſchwierig iſt: wenigſtens den Werth der Sache verlangen[2]. Das Gleiche (in Betreff des Werthes) gilt, wenn der Vermächtnisnehmer (nach Errichtung des Vermächtniſſes) die Sache auf oneroſe Weiſe an ſich brachte[3]. Wurde ihm aber die Sache von dem Eigenthümer geſchenkt oder ſonſt titulo lucrativo zugewendet: ſo kann er vom Onerirten Nichts weiter fordern[4]. Glaubte aber der Erblaſſer, die Sache gehöre ihm, ſo iſt im Zweifel anzunehmen, daß er ſie nicht vermacht haben würde, wenn er gewußt hätte, ſie gehöre ihm nicht. Deßhalb iſt in dieſem Fall das Vermächtnis ungültig, außer es würde ſeine entgegengeſetzte Abſicht aus dem letzten Willen hervorgehen, oder ſie dann anzunehmen ſein, wenn er die Sache einem nahen Angehörigen (persona coniuncta, z. B. Ehegatten, Aſcendenten ꝛc.) vermachte[5]. Nur iſt zu beachten, daß in allen dieſen Fällen unter einer fremden Sache zu verſtehen iſt eine Sache, die weder dem Erblaſſer noch dem Onerirten gehört; denn gehörte ſie dem Letzteren, ſo muß er ſie ſtets präſtiren, wenn er das ihm Hinterlaſſene annimmt[6].

Subſtitutionen bei Vermächtniſſen*.

§ 316.

(Arndts § 549.)

Auch bei Vermächtniſſen können Subſtitutionen vorkommen und zwar

---

[2] I. de legatis 2, 20 § 4, 6, 9; D. de legatis III (32) l. 14 § 2. Cod. e. t. 6, 37 cst. 10.

[3] Arndts § 569 Nr. 4. [4] Vgl. Arndts l. c.

[5] Vgl. cst. 10 cit. Arndts § 569 Nr. 3.

[6] Wenn auch der Erblaſſer glaubte, ſie ſei die ſeinige. D. de legat. II (31) l. 67 § 8; Arndts § 569 Nr. 2.

* Über (Arndts § 548) Nebenbeſtimmungen ſ. unten § 318. Über modus ſ. oben § 291 Nr. V.

1) für den Fall, daß der Vermächtnisnehmer das Vermächtnis nicht erwerben wird, z. B. vor dem Erblasser stirbt. Dies ist eben ein bedingtes Vermächtnis für den Fall, daß der erste Bedachte das Vermächtnis nicht erwerben wird[1]. Man kann aber auch

2) bei Vermächtnissen[2] für den Fall substituiren, daß der Vermächtnisnehmer das Vermächtnis wirklich erwerben wird[3]. Dies ist dann eben ein Vermächtnis (Aftervermächtnis), mit welchem der Vermächtnisnehmer belastet wird. Auch kann dies bei einem Universal-Vermächtnis vorkommen (z. B. „mein Erbe soll dem A. 1/4 des Nachlasses herausgeben; nach des A. Tod soll dieses 1/4 an B. kommen, nach des B. Tod an C.". Hier erwirbt zunächst A. das Vermächtnis; nach seinem Tod ist es an B. herauszugeben und so fort. Viele nennen dies ein successives Vermächtnis (fideicommissum successivum[4]). Wohl zu beachten ist hierbei, daß ein solcher Substitut (also B., C.) ein Recht auf das Vermächtnis nur erwirbt, wenn er den Tod seines Vorgängers (die cessio diei) erlebt[5], und daß er natürlich die Schulden des Vorgängers nicht zu übernehmen hat.

In dieser Weise kann auch ein sog. Familienfideicommiß errichtet werden, z. B. wenn der Erblasser bestimmt, eine Sache oder Summe oder eine Quote seines Nachlasses soll bei seiner Familie als beständiges Vermächtnis bleiben[6].

Zusammenfallen eines Vermächtnisses.

§ 317.

(Arndts §§ 551—553.)

Ein gültig errichtetes Vermächtnis kann später zusammenfallen[1]:

---

[1] Cod. de cad. toll. 6, 51 cst. un. § 3—5, 7. Arndts l. c. Note a.

[2] Nicht bei Erbschaften.

[3] Z. B. „A. soll mein Haus haben; nach seinem Tod soll es an B. fallen".

[4] S. Arndts l. c. Nr. 2. und über die dort angeführte obliqua substitutio vgl. oben § 269 Lit. B Nr. II.

[5] Vgl. unten § 318 Nr. II.

[6] S. Arndts § 549. Die Beschränkung der Nov. 159, welche Arndts mit Recht in Anm. 3 verwirft, ist, von Anderem abgesehen, schon deßhalb zu verwerfen, weil die Nov. 159 als nicht glossirt zu betrachten ist. Denn sie hat in der That keine glossa und einzelne Glossatoren sagten ausdrücklich von ihr: hanc non lego.

Über die deutschrechtlichen Familienfideicommisse, die von den römischen, namentlich in dem bei Arndts l. c. Note c—e Gesagten sehr abweichen, gehört das Nähere in das deutsche Privatrecht.

[1] Zu unterscheiden von der ursprünglichen Nichtigkeit. In letzterer Hinsicht

1) durch Willensänderung des Erblassers. Hierin hat der Erblasser ganz freie Hand. Er kann durch jede formlose Erklärung, wenn sie nur erweislich ist, ein Vermächtnis widerrufen; überhaupt durch jede Handlung, aus welcher der Wille, es zu widerrufen, sich ergiebt: ademtio des Vermächtnisses[2].

Auch kann an Stelle eines errichteten Vermächtnisses ein anderes vom Erblasser errichtet werden: translatio des Vermächtnisses[3]. Bei dieser ist aber Folgendes zu beachten. Es liegt in einer solchen translatio Doppeltes: nämlich eine Aufhebung des errichteten Vermächtnisses und die Errichtung eines neuen Vermächtnisses. Hier kann es nun wohl der Fall sein, daß die in der translatio liegende ademtio ganz gültig ist, weil zu ihr gar keine Form erfordert wird[4], daß aber die darin liegende Errichtung eines neuen Vermächtnisses Nichts gilt, weil dazu Codicillform nöthig ist. Wenn ich z. B. dem N. in meinem Testament 1000 M. vermachte, und später erkläre ich vor 2 Zeugen oder in einer formlosen Schrift, N. soll jene 1000 M. nicht bekommen, sondern O.: so bekommt Keiner Etwas; N. bekommt Nichts, weil ihm das Vermächtnis gültig adimirt ist, O. Nichts, weil ich vor 2 Zeugen oder in formloser Schrift kein Vermächtnis errichten kann[5].

2) durch Wegfall des mit dem Vermächtnis Belasteten. Wenn dieser das ihm vom Erblasser Hinterlassene nicht erwirbt, so fällt in der Regel auch das Vermächtnis, mit dem er belastet ist, zusammen; außer, wenn an die Stelle eines onerirten Erben sein Transmissar[6] tritt oder sein Vulgar-Substitut, in welchen Fällen diese die Vermächtnisse zahlen müssen, und das Gleiche gilt in der Regel auch, wenn Das, was dem Belasteten hinterlassen ist (Erben oder Vermächtnisnehmer), durch Abkretionsrecht an Andere fällt[7].

3) Durch Zusammenfallen des Testaments, in welchem die Vermächtnisse errichtet wurden[8]. Aber erhalten können sie werden,

---

kommt die regula Catoniana (s. darüber Arndts § 550) in Betracht. Diese regula ist eigentlich eben eine Anwendung des allgemeinen Grundsatzes, daß Das, was von Anfang an nichtig ist, also nichtig errichtet wurde, durch spätere Änderung der Umstände in der Regel nicht konvalescirt (vgl. oben § 84 Th. I S. 426), auf Vermächtnisse. Vgl. Savigny Syst. IV S. 555; Windscheid Pand. § 638.

[2] Arndts § 551 Note a, c—g.
[3] Arndts l. c. Note i.
[4] Arndts l. c. Note e.
[5] Arndts l. c. Note k und Anm. 5.
[6] Vgl. oben § 299.
[7] S. oben § 301 Nr. IV. V und unten § 319. Vgl. Arndts II 552 Note b.
[8] Arndts § 552 Note i.

wenn das Teſtament durch die Codicillarklauſel aufrecht erhalten wird[9], in gewiſſen Fällen[10].

4) Das Vermächtnis fällt zuſammen, wenn der Honorirte vor dem Anfall des Vermächtniſſes ſtirbt[11].

5) Über den Verluſt der testamenti factio des Erblaſſers[12] ſ. oben § 296 Nr. II 2.

Erwerbung und Ablehnung der Vermächtniſſe.

§ 318.

(Arndts §§ 554. 555.)

Bei der Erwerbung der Vermächtniſſe ſind zwei Zeitpunkte maßgebend, welche die Quellen durch dies cessit (oder cessio diei) und dies venit bezeichnen, und daher ſcharf zu unterſcheiden. Sie ſind: der Zeitpunkt der Delation, des Anfalls des Vermächtniſſes, an welchem ein feſtes vererbliches Recht auf das Vermächtnis erworben wird: dies cessit; und die Zeit, an welcher man es ausbezahlt verlangen kann: dies venit.

Die Grundſätze über die Erwerbung eines Vermächtniſſes weichen von den über Erwerbung einer Erbſchaft geltenden weſentlich ab. Sie gehen dahin:

I. Das Recht auf ein Vermächtnis wird vom Vermächtnisnehmer erworben, ſobald er den Anfall (die Delation ſ. Nr. II) erlebt hat, ohne Wiſſen und Willen des Vermächtnisnehmers[1]. Hieraus folgt:

1) ein Willensunfähiger erwirbt das Recht auf das Vermächtnis, wenn er die Delation erlebt[2];

2) hat der Vermächtnisnehmer den Moment der Delation erlebt, ſo trägt er, wenn er ſpäter ſtirbt, ſtets das Recht auf ſeine Erben über[3]. Wenn er aber vor der Delation ſtirbt, ſo iſt das Vermächtnis für ihn und ſeine Erben ſtets verloren[4].

---

9 S. oben § 314.
10 In den bei Arndts § 553 unter Nr. 2—5 angeführten Fällen.
11 Arndts § 552 Note c. Näheres hierüber ſ. unten § 318 Nr. II.
12 Viel zu allgemein iſt, was Arndts l. c. Nr. 1 ſagt.
1 Arndts § 555 Note a.
2 Cod. de curat. furios. 5, 70 cst. 7 § 9.
3 D. quando dies 36, 2 l. 5 pr.; Arndts § 554 Note d.
4 D. l. c. l. 21 pr., l. 22 pr.

3) Der Vermächtnisnehmer ist aber nicht gezwungen das Vermächtnis zu behalten. Er kann es frei ausschlagen (repudiare) und dadurch wird dann sein Erwerb so vernichtet, als ob er ihn nie gemacht hätte[5].

4) Über unmögliche und unzulässige Bedingungen gelten bei Vermächtnissen dieselben Grundsätze, wie bei Erbeseinsetzungen[6].

II. Der Zeitpunkt der Delation eines Vermächtnisses (der cessio diei, dies legati cedit) ist der Moment des Todes des Erblassers[7]; ausgenommen:

1) wenn das Vermächtnis unter einer Suspensivbedingung, oder, was ihr gleich steht, unter einem dies incertus ex quo[8] hinterlassen wurde und beim Tode des Erblassers die Bedingung oder der dies noch nicht eingetreten ist; hier tritt die Delation erst ein mit dem Moment, in welchem die Bedingung oder der dies eingetreten ist. Erlebt daher der Vermächtnisnehmer diesen nicht, so ist das Vermächtnis für ihn verloren[9].

2) Wenn Jemandem ein höchst persönliches Recht vermacht ist, das also mit seinem Tode erlischt, z. B. ein Nießbrauch, also ein Recht, das er nie auf seine Erben übertragen kann, so interessirt ihn die Erwerbung des Rechts erst, wenn er auch die Auszahlung verlangen kann und deßhalb wird hier das Vermächtnis erst deferirt und erworben in dem unter Nr. III anzuführenden Zeitpunkte[10].

III. Die Auszahlung eines Vermächtnisses kann verlangt werden, dies venit, erst an dem Tage, an welchem der (Intestat- oder Testaments-) Erbe die Erbschaft angetreten hat; wenn aber das Vermächtnis bedingt oder betagt und die Bedingung oder der dies noch nicht eingetreten ist: erst nach Eintritt der Bedingung oder des dies[11].

---

[5] Arndts § 555 Note c, d, e. — Wenn er aber erklärt, es behalten zu wollen, so muß er es behalten; außer er könnte sich aus einem der oben § 298 Nr. V angeführten Gründe in integrum restituiren lassen.

[6] S. oben § 291 Nr. I 4. — I. de hered. instit. 2, 14 § 10; D. de condit. institut. 28, 7 l. 14.

[7] Cod. de cad. toll. 6, 51 cst. un. § 1, 5; Arndts § 554 Note f.

[8] Vgl. oben § 291 Nr. III.

[9] D. quando dies legator. cedat 36, 2 l. 4, l. 5 § 2, l. 21 pr., l. 22 pr.; Cod. l. c. cst. un. § 7; Arndts § 554 Note g—m.

[10] D. quando dies legator. 36, 2 l. 5 § 1 a. E.; Arndts § 554 Note n.

[11] Arndts § 554 Note e, g, h.; D. quando dies 36, 2 l. 7 pr.; de legat. II (31) l. 32 pr. — Vgl. über cautio Muciana oben § 291 Nr. I 1 b und Arndts § 558 zweiter Absatz.

Die Früchte, welche der Belaſtete, z. B. der Erbe, aus dem vermachten Gegenſtand in der Zwiſchenzeit, z. B. während des Schwebens der Bedingung, zieht, verbleiben ihm (z. B. Früchte der Grundſtücke, Zinſen aus dem vermachten Geld); er hat nur diejenigen Früchte herauszugeben oder für ſie Erſatz zu leiſten, welche er zog oder welche hätten gezogen werden können von der Zeit an, in welcher dies venit und dann der Vermächtnisnehmer die Zahlung des Vermächtniſſes von ihm gefordert hat, alſo von der Zeit des Verzugs an[12].

IV. Von der Erwerbung eines feſten (auf die Erben übertragbaren) Rechtes auf das Vermächtnis (ſ. Nr. I) muß man wohl unterſcheiden die Erwerbung des vermachten Rechts, z. B. des Eigenthums der vermachten Sache. Man muß hier unterſcheiden:

1) Wenn eine Sache (d. h. ein körperliches Ding) oder ein ius in re an einer Sache vermacht wurde und die Sache eine species testatori propria iſt, d. h. ſie dem Erblaſſer gehört und konkret beſtimmt iſt, ſo daß nicht erſt eine weitere Auswahl nöthig iſt, z. B. der Erblaſſer hat mir ſein Haus, ſeine Bibliothek ꝛc. vermacht oder eine Servitut oder ein Pfandrecht an ſeinem Hauſe: ſo erwirbt man das vermachte dingliche Recht, das Eigenthum am Hauſe u. ſ. w., auch ganz von ſelbſt, aber erſt an dem unter Nr. III angeführten Zeitpunkt, alſo erſt, wenn dies (legati) venit, nicht ſchon, wie Manche meinen, an dem unter II (i. A.) angeführten Zeitpunkt. Wenn daher der Erblaſſer eine ihm gehörige species

a. pure vermachte, ſo erwirbt der Vermächtnisnehmer das Eigenthum ſofort von ſelbſt, ſobald der Erbe die Erbſchaft antritt[13]. Es iſt daher jede Veräußerung, die der Erbe nun mit der Sache vornimmt, nichtig, weil die Sache gar nicht ihm, ſondern dem Vermächtnisnehmer gehört und dieſer kann ſie ſofort vom Erben und jedem dritten Beſitzer vindiciren und zwar ſo, daß ihm ſein Eigenthum vom Beſitzer nicht einmal durch ordentliche Erſitzung aberſeſſen werden kann[14].

b. Iſt die Sache unter einer Suspenſivbedingung ver-

---

[12] Arndts § 558 Note g—k.; ſ. auch ebendaſelbſt über die Ausnahme bei dem legatum ad pias causas.

[13] D. de legat. II (31) l. 80; de legat. I (30) l. 44 § 1; quemadm. servit. 8, 6 l. 19 § 1; Cod. communia de legat. 6, 43 cst. 1.

[14] Cod. comm. de legat. 6, 43 cst. 3 § 2, § 3 a. E.; Arndts § 560 Note b—e.

macht und dieſe ſchwebt noch zur Zeit des Erbſchaftsantritts: ſo wird nun der Erbe mit dem Erbſchaftsantritt vorläufig ihr Eigenthümer[15]; er kann ſie deßhalb auch veräußern, weil man ja nicht weiß, ob die Bedingung je eintritt. Allein wenn er ſie veräußert, und dann ſpäter die Bedingung eintritt und der Vermächtnisnehmer ihren Eintritt erlebt, ſo wird nun die Veräußerung rückwärts nichtig; das Eigenthum der Sache fällt dann von ſelbſt (mit dem Eintritt der Bedingung) an den Vermächtnisnehmer[16], der ſie nun von jedem Dritten vindiciren kann. Der Erbe aber muß Denjenigen entſchädigen, an den er die Sache veräußert hatte[17].

c. Iſt die Sache ex die certo[18] vermacht, ſo erwirbt der Erbe auch hier mit dem Erbſchaftsantritt vorläufig das Eigenthum der Sache, weil der Vermächtnisnehmer es erſt vom dies certus an haben ſoll; aber mit dem Eintritt des dies fällt es von ſelbſt an den Vermächtnisnehmer (ſ. Lit. a) und da ein dies certus gewiß eintritt, ſo verbietet Juſtinian dem Erben die Veräußerung der Sache. Veräußert er ſie aber doch, ſo iſt die Veräußerung nichtig und der Vermächtnisnehmer kann dann vom Eintritt des dies an die Sache von jedem Dritten vindiciren[19].

2) Iſt der Gegenſtand des Vermächtniſſes nicht konkret beſtimmt, ſondern bloß der Gattung nach bezeichnet, z. B. der Erblaſſer legt ſeinem Erben auf, ein gutes Reitpferd oder eine Summe Geldes zu leiſten: ſo erwirbt der Vermächtnisnehmer eine vererbliche Forderung auf das Vermächtnis mit der cessio diei (Nr. I). Geltend machen aber kann er ſie erſt, wenn dies venit (Nr. III) und zwar bloß mit einer perſönlichen Klage, einer actio personalis ex testamento oder ex codicillis, gegen den Belaſteten (auf Leiſtung des Gegenſtandes).

Ebenſo iſt es, wenn der Erblaſſer eine ihm nicht gehörige species vermacht und das Vermächtnis (nach § 315) gültig iſt. In ſolchen Fällen erwirbt dann der Vermächtnisnehmer das Eigen-

---

[15] D. fam. herciac. 10, 2 l. 12 § 2.

[16] Auch Laſten, die der Erbe auf ſie legte, erlöſchen. D. quemadm. servit. amitt. 8, 6 l. 11 § 1.

[17] Cod. comm. de leg. 6, 43 cst. 3 § 3 u. 4. — Savigny Syſt. III 153.

[18] Vgl. oben § 291 Nr. III.

[19] In der oben unter Lit. a angeführten Weiſe. Cod. l. c. cst. 3 § 2 und § 3 a. E.

thum an der betreffenden Sache erſt, wenn der Belaſtete ihm die Sache tradirt hat[20].

V. Ein Vermächtnis kann auch unter einer Reſolutivbedingung oder auch bis zu einem certus dies gültig errichtet werden. Dies heißt eben ſo viel: der Vermächtnisnehmer erwirbt ein Recht auf das Vermächtnis ſofort mit der cessio diei, wenn er ſie erlebt (Nr. I, II) und kann Ausbezahlung verlangen, ſobald dies venit, alſo wenn der Erbe die Erbſchaft angetreten hat. Aber wenn ſpäter die Bedingung eintritt oder der dies certus abgelaufen iſt: ſo verliert er das Vermächtnis und der Belaſtete kann es nun mit einer perſönlichen Klage ex testamento zurückverlangen; wenn aber der Erblaſſer beſtimmt hat, daß es dann an eine dritte Perſon fallen ſoll, ſo kommt es an dieſe. Die Früchte und Zinſen aber, die der Vermächtnisnehmer in der Zwiſchenzeit aus der Sache zog, verbleiben ihm[21].

VI. Wenn der Erblaſſer im letzten Willen dem Erben verbietet, eine Sache zu veräußern (teſtamentariſches Veräußerungsverbot) und er that es zu Gunſten eines Dritten: ſo liegt darin ein Vermächtnis an dieſen Dritten, ſo daß dieſer die Sache als Vermächtnis nach dem Tod des Erblaſſers bekommen ſoll[22]. War aber Jenes nicht der Fall, ſo iſt es ein nudum praeceptum, ein guter Rath, den der Erbe nicht zu befolgen braucht[23].

VII. Die Klagen, mit welchen ein Vermächtnisnehmer ſein Recht geltend macht, ſind folgende. Er hat

1) eine perſönliche Klage ex testamento oder ex codicillis gegen den Onerirten auf Auszahlung des Vermächtniſſes (an dem unter Nr. III angeführten Zeitpunkt) und zwar mit Früchten und Zinſen vom Verzug an[24];

2) eine dingliche Klage in den oben unter IV 1 angeführten Fällen[25]. Auch hat er

---

[20] Cod. l. c. cst. 1; D. de reb. eor. 27, 9 l. 5 § 4 a. E. Arndts § 560 Anm. 1 a. E.

[21] Cod. de legat. 6, 37 cst. 26. Vgl. Savigny Syſt. III 219, 220.

[22] Es gilt dann ganz das unter Nr. I—IV Ausgeführte.

[23] Nur wenn der Erblaſſer Sachen minderjähriger Erben zu veräußern verbietet, ſo dürfen ſie während deren Minderjährigkeit vom Vormund nicht veräußert werden. Cod. de usuc. pro emt. 7, 26 cst. 2.

[24] I. de obligat. quasi ex contr. 3, 28 § 5; Cod. comm. de leg. 6, 43 cst. 1 im Anf.). Meine Erörterungen Heft II S. 87 ff.; Arndts § 558 Abſ. 1.

[25] Cod. l. c.; Arndts § 560.

3) zur Sicherheit seiner Ansprüche ein gesetzliches Pfandrecht an dem Erbtheil des Onerirten, das er mit der actio hypothecaria geltend machen kann[26]. Endlich

4) kann der Vermächtnisnehmer, wenn sein Vermächtnis bedingt oder betagt, also nicht sofort auszuzahlen ist, vom Onerirten eine Realkaution verlangen. Nach römischem Recht konnte er in einem solchen Falle, wenn ihm die Kaution nicht geleistet wurde, eine missio in bona des Onerirten ansprechen, deren Anwendbarkeit aber bei uns wohl weggefallen ist[27].

VIII. Das Ausgeführte gilt auch bei Universalvermächtnissen. Auch der Universalvermächtnisnehmer erwirbt ein festes Recht auf das Vermächtnis, so daß er es auf seine Erben transmittiren kann, ganz von selbst, sobald er den unter II bemerkten Zeitraum erlebt. Nur das Eigenthum der zum Universalvermächtnis gehörigen Sachen geht nicht schon im Zeitpunkt von Nr. III von selbst auf ihn über, sondern erst mit der Restitution des Fideicommisses[28].

Anwachsungsrecht bei Vermächtnissen.

§ 319.

(Arndts § 556.)

Wenn ein Vermächtnis aus irgend einem Grunde hinfällig geworden ist, so wird es eben nicht ausgezahlt; der Onerirte behält es nun; außer wenn der Vermächtnisnehmer einen Substituten hat, denn dann tritt dieser ein; oder wenn kein Substitut da ist, oder dieser nicht erwirbt, aber der Vermächtnisnehmer einen collegatarius[1] hat; denn dann adkrescirt diesem die Portion des Weggefallenen.

Im älteren römischen Recht war dieses Anwachsungsrecht sehr beschränkt; es war bei gewissen Legatsformen (legatum per damnationem und sinendi modo) und bei Fideicommissen ausgeschlossen, und noch mehr beschränkt wurde es unter Augustus durch die lex Papia Poppaea[2]. Justinian beseitigte diese Beschränkungen und bestimmte

[26] Arndts § 559 Note a.
[27] Arndts § 559 Anm.; Windscheid Pand. § 648 Note 14. 15.
[28] S. unten § 321 Nr. V.
[1] Vgl. oben § 312 Nr. IV a. E.
[2] S. Arndts § 556 Anm. 2.

in einer ausführlichen Verordnung die Grundsätze über den Gegenstand näher[3]. Hiernach gilt nun Folgendes.

Das Anwachsungsrecht bei Vermächtnissen stützt sich lediglich auf den wahrscheinlichen Willen des Erblassers. Es tritt nämlich ein bloß bei Kollegataren[4], bei Vermächtnisnehmern, welche re coniuncti sind, d. h. wenn der Erblasser Mehreren mit einander dasselbe Vermächtnis gab, so daß sie einander durch ihre Konkurrenz beschränkten; z. B. wenn ich sage: „A. und B. sollen zusammen 1000 M. bekommen", „sollen zusammen mein Haus haben". Denn in einem solchen Falle (wenn also die Vermächtnisnehmer re coniuncti sind) ist es natürlich, daß wenn der Eine wegfällt und er keinen Substituten hat, sein Theil seinem Kollegatar zufällt, weil diesem ihn der Erblasser doch eher gegönnt haben würde, als dem Belasteten[5].

Bei Solchen aber, von welchen Jedem ein besonderes Vermächtnis oder ein bestimmter besonderer Theil eines Vermächtnisses gegeben ist (die also nicht collegatarii sind), gilt es nicht, sollten sie auch verbis coniuncti sein; z. B. wenn ich sage: „A. und B. sollen als Vermächtnis Jeder 1000 M. bekommen" oder: „A. und B. sollen mein Haus bekommen, und zwar A. zu $^1/_3$, B. zu $^2/_3$"; denn hier sind sie gar nicht collegatarii, sondern Jeder mit einem ganz besonderen Vermächtnis bedacht; sie beschränken einander gar nicht; Keiner ist mit dem Anderen zu etwas Gemeinsamen berufen; fällt daher hier der Eine weg, so fällt sein Vermächtnis zusammen und verbleibt bei dem Onerirten[6].

Unter Vermächtnisnehmern also findet nur dann ein Anwachsungsrecht statt, wenn sie wahre collegatarii, wirklich re coniuncti sind. Nur rechnen zur coniunctio re unsere Quellen noch folgende Fälle:

a. wenn Zwei re disiuncti, auf verschiedene Portionen berufen sind, und dann noch ein Dritter zum Vermächtnis hinzu berufen wird; z. B.: „A. soll die Hälfte meines Hauses haben, B. die andere Hälfte (re disiuncti); dem C. vermache ich auch mein Haus"; stirbt A. vor dem Erblasser, so accrescirt seine Hälfte nicht nur dem C., mit welchem er wahrhaft re coniunctus ist, sondern auch dem B., obwohl dieser eigentlich mit ihm nicht re coniunctus ist; denn dadurch, daß C. unbestimmt zum Hause mit berufen ist, drängt er sich gleichsam auf A. und B. und drückt sie so auf einander, daß sie gleichsam re coniuncti werden; es kann nun bei den Theilen, auf die der Erblasser sie ein-

[3] Cod. de caduc. toll. 6, 51 cst. un. — Natürlich bleiben dabei die älteren Quellen bestehen, so weit sie nicht im Widerspruch mit Justinians Verordnung stehen, namentlich sie nicht jene Beschränkungen enthielten.

[4] S. oben § 312 Nr. III. IV. [5] Cod. l. c. § 11.

[6] S. Arndts l. c. Note d u. Anm. 5. Anders ist es im Fall der Note c.

ſetzte, nicht mehr bleiben; ſtatt ſeiner Hälfte bekommt Jeder nur ¼ und C. bekommt die andere Hälfte und dadurch werden Alle re coniuncti (D. de legatis II 31 l. 41 pr.). Eben ſo gelten auch

b. Diejenigen als re coniuncti, denen zwar Theile an der Sache angewieſen ſind, aber nicht beſtimmte Quoten, ſondern ſolche Theile, die erſt durch ihre Konkurrenz ſich näher beſtimmen; z. B. „A. und B. ſollen mein Haus zu gleichen Theilen haben“. D. de legatis I (30) l. 16 § 2; de reb. dub. 34, 5 l. 6, l. 7 pr.; de V. S. 50, 16 l. 125.

Unter den Kollegataren aber haben, wenn einige von ihnen nicht bloß re, ſondern auch noch dazu verbis mit einander coniuncti ſind, coniuncti im engeren Sinn, dieſe, wenn einer von ihnen wegfällt, einen Vorzug vor den bloß re coniunctis, welche »disiunctim scripti« ſind (ſein Theil kommt an Die, mit welchen er re et verbis coniunctus iſt, und erſt, wenn er keine Solche hat, an die Anderen, mit denen er nur re coniunctus iſt); wenn ich daher z. B. ſage: „ich vermache mein Haus dem A. und B. mit einander“, und ſpäter ſage: „auch C. ſoll am Vermächtnis Theil nehmen“, ſo bekommen A. und B. zuſammen ½, C. ½ des Hauſes; würde aber A. ausfallen, ſo kommt ſein Theil bloß an B.; erſt wenn A. und B. ausfallen, fällt ihre Portion dem C. zu. — Hierbei ſetzt aber über die Wirkungen des Erwerbs Juſtinian noch einen wunderlichen Unterſchied feſt, je nachdem einem re et verbis coniunctus oder einem bloß re coniunctus abkreſcirt: wenn nämlich einem re et verbis coniunctus abkreſcirt, ſo kann er die abkreſcirende Portion ausſchlagen; nimmt er ſie aber an, ſo abkreſcirt ſie ihm cum onere; fällt dagegen ein bloß re coniunctus weg und abkreſcirt alſo ſeine Portion Solchen, die mit ihm nur re, nicht aber verbis coniuncti ſind (z. B. wenn — in dem oben gegebenen Beiſpiel — dem C. die Portion von A. und B. abkreſcirt; oder wenn ich im Teſtament ſage: „A. ſoll mein Haus zur Hälfte als Vermächtnis bekommen“ und am Ende des Teſtaments ſage: „B. ſoll an der Hälfte des A. Theil nehmen“), ſo muß er die Abkretions-Portion annehmen (ſie abkreſcirt ihm ipso iure), wenn er die ſeinige ſchon angenommen hat, braucht aber nicht die auf ihr liegende Laſt zu zahlen[7].

[7] Vgl. Arndts l. c. zwiſchen Note b u. c. — Das Reſultat iſt ſomit:
1) re et verbis coniuncti gehen den bloß re coniunctis (disiunctis) vor; auch wenn der Ausgefallene pro non scripto gilt.
2) Den re et verbis coniunctis abkreſcirt nur, wenn ſie es wollen; aber dann cum onere. Den disiunctim Berufenen (bloß re coniunctis) aber, wenn ſie auch nicht wollen, aber sine onere.
3) Bloß verbis coniuncti haben gar kein Anwachſungsrecht.

Die quarta Falcidia.

§ 320.

(Arndts §§ 561—567.)

Wenn der Erblasser dem mit Vermächtnissen Belasteten so viel auferlegt, daß sie den Betrag Dessen, was er durch den Erblasser bekommt, absorbiren, so sind die Vermächtnisse, so weit sie diesen übersteigen, in der Regel ungültig[1]. Allein dabei konnten doch leicht die Erben so sehr mit Vermächtnissen belastet werden, daß ihnen von ihren Erbtheilen Nichts oder doch nur wenig übrig blieb. In einem solchen Falle schlugen sie häufig die Erbschaft aus; dadurch wurde das Testament destitut und damit fielen auch die Vermächtnisse zusammen. Diesem suchte zuerst eine lex Furia[2] und später eine lex Voconia[3] abzuhelfen. Da aber diese sich als ungenügend zeigten, so wurden sie (im Jahr 714) durch eine lex Falcidia beseitigt. Nach dieser und ihrer spätern weitern Ausbildung hat der Erbe, wenn er mit Vermächtnissen so überlastet ist, daß ihm nicht einmal $^1/_4$ seiner reinen Erbsportion, frei bleibt, das Recht, an den Vermächtnissen (verhältnismäßig) so viel abzuziehen, bis er den vierten Theil seiner Erbsportion — die quarta Falcidia — ganz frei hat, den er dann für sich behält[4].

Hierbei ist besonders herauszuheben:

I. Das Recht des Abzugs wurde von Justinian bedeutend modificirt durch folgende Bestimmungen:

1) Wenn der Erbe nicht in der gesetzlichen Zeit das Inventar über den Nachlaß errichtet, so verwirkt er das Recht auf die quarta und muß sämmtliche Vermächtnisse auszahlen, sogar auch wenn sie den aktiven Nachlaß überschreiten[5].

2) Nach dem älteren Recht durfte der Erblasser den Abzug der

---

[1] S. oben § 312 Nr. II 1. Nach vor-justinianischem Recht galt dies ganz allgemein, daß der Erbe nie mehr, als seine Erbsportion nach Abzug aller Schulden betrug, zahlen mußte.

[2] Vermuthlich vom Jahr 571 u. c. Danach sollte ein Legat in der Regel nie mehr als 1000 Asse betragen.

[3] Vom Jahr 585 u. c. Es dürfe den Legataren nie mehr vermacht werden, als der Erbe nach Abzug der Legate bekomme.

[4] l. de l. Falc. 2, 22 pr. § 1, 3; Gaius Inst. II 224—227. Die näheren Bestimmungen über dieses Recht des Abzugs der Quote s. bei Arndts § 562—567.

[5] Vgl. oben § 304 Nr. II 2.

quarta nicht verbieten[6]. Allein Justinian erlaubte ihm, in seinem letzten Willen den Abzug zu verbieten. Aber das Verbot muß ausdrücklich ausgesprochen sein oder als vom Erblasser beabsichtigt aus seiner Verfügung bestimmt sich ergeben[7]. Dann muß der Erbe alle Vermächtnisse ohne Abzug der quarta auszahlen, aber nicht (wenn er das Inventar gehörig macht) über den Bestand des Nachlasses hinaus[8].

II. Ferner war das Recht auf die Quart ausgeschlossen bei Vermächtnissen, welche in einem privilegirten Militärtestament errichtet waren[9]. Auch sind einige Vermächtnisse dahin privilegirt, daß von ihnen die Quart nicht abgezogen werden darf[10].

III. Das Recht, eine Quart abzuziehen, hat bloß der mit Vermächtnissen belastete Erbe (Testaments- oder Intestaterbe), nicht aber auch ein Vermächtnisnehmer, der mit Aftervermächtnissen belastet ist. Ein Solcher kann nur, wenn ihm an seinem Vermächtnis der Erbe einen Abzug wegen der Quart macht, diesen unter sich und seine Aftervermächtnisnehmer repartiren[11]. Dies gilt auch bei Universalvermächtnisnehmern, denen die Herausgabe ihres Vermächtnisses an einen Dritten auferlegt ist[12].

IV. Es kann der Fall sein, daß ein Erbe verschiedene Erbsportionen in sich vereinigt; z. B. er erbt als institutus, bekommt aber auch noch die Portion eines ausgefallenen Miterben als dessen Substitut oder durch das Adkretionsrecht. Wenn nun einem solchen Erben und demjenigen, in dessen Portion er eintritt, oder nur einem von ihnen Vermächtnisse auferlegt sind, so kann es nach Umständen sehr wichtig sein, ob er die mehreren Erbsportionen zusammenrechnen muß und von ihnen zusammen nur $^1/_4$ frei verlangen kann, oder ob er sie getrennt behandeln und von jeder Portion

---

[6] D. ad l. Falc. 35, 2 l. 27, l. 15 § 1.
[7] Nov. 1 cap. 1 § 2; Arndts § 566 Anm. 1.
[8] Nov. 1 cit. cap. 2 § 2.
[9] Arndts § 566 Note o. — Über Nr. 5 (bei Arndts § 566) s. unten § 321 Nr. VI 7 b.
[10] Arndts § 567 bei Note f—h (ad pias causas; Vermächtnis des Pflichttheils; Vermächtnis an die Ehefrau des Testirers von Sachen, die er zu ihrem Gebrauch angeschafft hatte).
[11] Arndts § 562 Note l—n. [12] Vgl. unten § 321 Nr. VI 5.

für sich, wenn sie überschwert ist, die Quart abziehen kann. Letzteres ist die Regel[13].

V. Bei der Berechnung der Quart wird

1) der Betrag des Nachlasses, wie er zur Zeit des Todes des Erblassers besteht, zu Grunde gelegt; aber dabei alle Schulden (auch Beerdigungskosten, Inventarisationskosten ꝛc.) abgezogen und der übrig bleibende reine Nachlaß zu Geld angeschlagen. Dann ist

2) der Werth aller Vermächtnisse, welche der Erbe auszuzahlen hat, zu ermitteln.

3) Erhellt nun hiernach durch Vergleichung von Nr. 1 und 2, was dem Erben übrig bleibt, und beträgt dies nicht den vierten Theil seiner Erbsportion, so werden alle Vermächtnisse nach dem Verhältnis ihrer Größe, nach Procenten um so viel gekürzt, daß ein Viertheil seiner Erbsportion frei bleibt.

In dieses Viertel muß er sich aber Alles einrechnen, was er als Erbe bekommt, also auch von Prälegaten, was er iure heredis daran behält; ferner die Früchte, welche er von bedingt oder betagt vermachten Sachen bis zum Eintritt der conditio oder des dies zieht; aber nicht, was er von Anderen als Vermächtnis bekommt; auch nicht, was ihm der Erblasser zu Lebzeiten schenkt, außer dieser hätte ihm dabei auferlegt, es in seine Quart einzurechnen oder erklärt, das Geschenk solle als Vorempfang auf die künftige Erbschaft gelten[14].

Wenn ihm aber ein Miterbe, dem er Legate hinauszuzahlen hat und einen Abzug wegen der Quart machen will, auch Vermächtnisse zu zahlen hat, so muß er diese sich einrechnen, aber bloß gegenüber von diesem Miterben; z. B. A. und B. sind Erben; A. erbt 4000 M. und soll als Vermächtnis dem B. 2000 M. und dem C. 2000 M. zahlen; B. soll aber dem A. als Vermächtnis einen Garten geben im Werth von 300 M.; hier könnte nun A. den beiden Legataren, jedem 500 M., abziehen; dies darf er auch dem C.; allein seinem Miterben B. darf er nur 200 M. abziehen, weil er von diesem selbst eine Sache im Werth von 300 M. bekommt[15].

Wenn ein Legatar, der nicht Miterbe ist, dem belasteten

---

[13] l. de l. Falc. 2, 22 § 1. — Das Nähere s. bei Arndts § 564. 565.
[14] D. h. t. 35, 2 l. 74, l. 56 § 5. [15] D. l. c. l. 22, l. 94.

Erben ein Aftervermächtnis zu zahlen hat und der Erbe will diesem Legatar wegen der Quart einen Abzug machen, so braucht er dieses Sublegat sich nicht einrechnen zu lassen; auch nicht Das, was er conditionis implendae causa von ihm bekommt[16]; nur Das hat er einzurechnen, was ihm der Legatar gleichsam als Kaufpreis für das Legat zahlen soll[17].

VI. Der Erbe kann sein Recht auf die Quart geltend machen durch Retention oder durch Klage[18].

Zweites Kapitel. Universalvermächtnisse.

§ 321.

(Arndts §§ 580—588.)

I. Universalvermächtnis[1] ist, wenn Jemandem der ganze Nachlaß oder eine Quote desselben vermacht[2] wird[3], so daß dem Erben auferlegt ist, seinen Erbtheil oder eine Quote daran einem Dritten herauszugeben. Hat der Erblasser dem Erben ein Prälegat gegeben, so ist zum Universalvermächtnis auch der Theil des Prälegats zu zählen, welchen er sich selber auszahlen müßte[4], nicht aber der Theil, den er von Anderen bezahlt bekommt[5]; ferner gehören zu seinem Erbtheil die Früchte desselben, die zu ihm hinzukamen, so lange die hereditas iacens ist; nicht aber die Früchte, die er nach Antritt der Erbschaft bis zu der Zeit, in welcher er das Vermächtnis auszuzahlen hat, zieht. Diese verbleiben ihm[6].

---

[16] D. l. c. l. 74, l. 76 pr., l. 91. [17] D. l. c. l. 19.

[18] S. Arndts § 562 bei Note c—k.

[1] Über den Begriff und das Wesen des Universal- oder Erbschaftsvermächtnisses, die Bezeichnungen bei demselben, die historische Entwicklung des Instituts und namentlich die Ausgleichung zwischen legatum partitionis und fideicommissaria hereditas s. oben § 269 Lit. B Nr. II und § 311 Nr. VI.

[2] Auch die Erbschaftsvermächtnisse sind Vermächtnisse; es gilt daher bei ihnen, was überhaupt bei Vermächtnissen gilt (namentlich auch über Errichtung derselben); aber sie unterscheiden sich von den Singularvermächtnissen in den unten anzuführenden Punkten.

[3] Vgl. oben § 269 B II. Vgl. auch Arndts § 578.

[4] Vgl. oben § 312 Nr. IV. [5] Arndts § 583 Note o.

[6] Arndts § 583 Nr. q; § 584 Note k. Also, wenn das Fideicommiß bedingt oder betagt ist, die Früchte bis zu Eintritt der Bedingung oder des dies. Oder, wenn der Fideicommissar durch Nachlässigkeit die Forderung der Herausgabe verzögerte.

Ist dem Erben auferlegt, Das herauszugeben, was er zur Zeit der Restitution etwa noch von seinem Erbtheil übrig haben würde, sog. fideicommissum superfuturi, so kann er willkürlich $^3/_4$ davon aufzehren und ausgeben und darf sogar im Nothfall zu seinem Unterhalt auch noch das letzte Viertel davon angreifen[7].

II. Der Erbe hat auch bei Universalvermächtnissen das Recht, wenn das Universalfideicommiß mehr als $^3/_4$ seines Erbtheils beträgt, eine Quart abzuziehen, die sog. quarta Trebellianica. Diese ist eben die quarta Falcidia, angewendet auf Universalvermächtnisse. Es gelten daher bei dieser quarta Trebellianica ganz die Grundsätze der Falcidia[8].

III. Der Erbe hat die Universalvermächtnisse zu der vom Erblasser bestimmten Zeit zu leisten; wenn der Erblasser Nichts darüber bestimmt: zu der oben § 318 Nr. III bemerkten Zeit. Bis dahin gehört dem Erben der Nachlaß, also auch das zu Restituirende[9].

IV. Ein festes Recht auf das Universalvermächtnis erwirbt der Vermächtnisnehmer ganz nach den bei Vermächtnissen überhaupt geltenden Grundsätzen, also von selbst ohne Wissen und Willen, wenn er den oben § 318 unter II angeführten Zeitpunkt erlebt. Aber das Eigenthum der im Vermächtnis enthaltenen Sachen und die Forderungen des Erblassers gehen erst dadurch wirklich auf ihn über, daß ihm das Vermächtnis restituirt wird. Für restituirt aber gilt es auch schon dadurch, daß der Erbe ihm erklärt, er wolle es hiermit restituirt haben, wozu er nach dem unter III bemerkten Zeitpunkt verpflichtet ist[10]. Verweigert der Erbe diese Erklärung: so kann der Vermächtnisnehmer mit einer petitio fideicommissi auf die Restitution

---

[7] Arndts § 583 Note l. — Nov. 108 cap. 1 u. 2. — Was Arndts § 581 unter 3 u. 4 über indirekte Weisen, ein Universalvermächtnis zu errichten, bemerkt, ist dahin zu erklären: in diesen Fällen (wenn dem Erben auferlegt wird, eine bestimmte Person zum Erben zu ernennen, oder wenn der Erblasser seinem Erben auferlegt, kein Testament zu machen, also intestatus zu sterben) ist der Erbe nicht gehindert, ein Testament zu machen und darin, wen er will, zu Erben einzusetzen. Aber der Erbe muß, was er vom Erblasser erbte, als Fideicommiß (im ersten Fall der bestimmten Person, im andern seinem Intestaterben), nach seinem Tod herausgeben, s. Arndts § 581 Note d. e und besonders D. ad SC. Trebell. 30, 1 l. 74.

[8] Arndts § 584 ff. und oben § 311 Nr. IV. V. — Er hat daher namentlich das Recht auf die Quart nicht, wenn er nicht gehörig das Inventar über den Nachlaß machte, vgl. oben § 304 Nr. II. Windscheid Pand. § 651 Nr. 1.

[9] Er ist aber beschränkter Eigenthümer. Arndts § 583.

[10] Arndts § 583 Note a.

gegen ihn klagen und dann hat der Richter auszusprechen, daß die Restitution als geschehen anzunehmen sei[11].

V. Durch diese Restitution nun wird eine wahre Universalsuccession des Vermächtnisnehmers begründet; alle Aktiva und Passiva des Nachlasses gehen nun zu der Quote, die sein Vermächtnis beträgt, sofort auf ihn über; er wird also zu dieser Quote Eigenthümer an allen einzelnen Sachen des Erblassers und tritt zu den Erben in das Verhältnis eines Quasimiterben, hat also gegen sie die actio familiae herciscundae und gegen Dritte, welche Nachlaßgegenstände oder pro herede oder pro possessore besitzen[12], hat er die hereditatis petitio fideicommissaria. Er trägt auch alle onera hereditatis, Schulden des Erblassers und Vermächtnisse, nach der Größe seiner Quote[13].

VI. Wenn gleich hiernach der Universalvermächtnisnehmer nach der Restitution zu seiner Quote heredis loco ist, so ist er doch in allem Übrigen nicht heres, Erbe; denn das Universalvermächtnis ist doch nur ein Vermächtnis und vom Erbesein wesentlich verschieden, weil man dadurch bloß mittelbar durch die Hand des Erben in den Nachlaß eintritt[14]. Daraus folgt namentlich:

1) Wenn der mit einem Universalvermächtnis belastete Erbe nicht Erbe wird, so kann das Vermächtnis zusammenfallen, z. B. wenn der Erbe unter einer Bedingung eingesetzt war und diese nicht eintritt[15].

2) Der Erbe kann, wenn das Universalvermächtnis $^3/_4$ seines Erbtheils übersteigt, dem Vermächtnisnehmer in der Regel die Quart abziehen[16].

3) Nimmt der Erbe die Erbschaft an, der (Universal-)Vermächtnisnehmer aber schlägt das Universalvermächtnis aus, so bleibt die ganze Erbschaft mit den Schulden auf dem Erben liegen.

4) Erben ernennen kann man nur in einem Testament; Universalvermächtnisse errichten aber auch in Codicillen.

5) Wenn einem Universalvermächtnisnehmer die weitere Heraus-

---

[11] Cod. ad SC. Trebell. 6, 49 cst. 7 § 1. Arndts § 585 a. E.
[12] S. oben § 308 Nr. II. [13] Arndts § 585. 586.
[14] Vgl. oben § 269 Lit. B Nr. II a. E.
[15] Ausnahmen s. bei Arndts § 587 zweiter Absatz und unten Nr. 7.
[16] S. oben Nr. II.

gabe des Vermächtnisses an einen Dritten auferlegt ist (successives Fideicommiß [17]), so hat der Universalvermächtnisnehmer nicht das Recht, diesem eine Quart davon abzuziehen [18].

6) Zwischen Miterben findet ein ius adcrescendi statt, auch wenn sie nicht re coniuncti sind [19]. Zwischen Universalvermächtnisnehmern findet es aber nur statt, wenn sie mit einander zu demselben Vermächtnis ohne besondere Ausscheidung von Quoten (auf die oben § 319 bemerkte Weise) berufen, also re coniuncti sind.

7) Die Universalvermächtnisse fallen in der Regel aus denselben Gründen zusammen, wie Vermächtnisse überhaupt; namentlich können sie ohne alle Form widerrufen werden u. dgl. Es gilt hier ganz das oben (§ 317) Ausgeführte jedoch mit der Milderung:

a. Wenn der belastete Erbe (der Fiduciar) vor dem Erblasser stirbt, ohne daß dieser davon erfuhr, oder er nach dem Erblasser stirbt, aber ohne die Erbschaft angetreten zu haben, noch sie transmittiren zu können, und er keinen Substituten hat und auch keine Miterben da sind, denen sein Erbtheil abkresciren kann, so würde das Testament zusammenfallen. Aber es wird zu Gunsten des Fideicommissars aufrecht erhalten und dieser kann nun an die Stelle des Fiduciars (als Erbe) treten [20].

b. Wenn der Erbe die Erbschaft nicht antreten will, wodurch das Universalvermächtnis zusammenfallen würde, so kann der Universalvermächtnisnehmer ihn zur Antretung zwingen, d. h. das Gericht hat zu erklären, es sei anzunehmen, der Erbe habe die Erbschaft angetreten; aber sein Erbtheil fällt dann unmittelbar an den Vermächtnisnehmer, als ob der Erbe ihm den ganzen Erbtheil ohne Abzug einer Quart herausgegeben hätte [21].

---

[17] S. oben § 316 Nr. 2.
[18] Arndts § 588 Note b und oben § 320 Nr. III.
[19] S. oben § 301.
[20] Arndts § 587 Note n. o.
[21] D. ad SC. Treb. 36, 1 l. 1 § 2—5; Arndts § 587 erster Absatz.

Vierter Abſchnitt.

Die Schenkungen von Todeswegen (mortis causa donationes).

§ 322.

(Arndts §§ 589. 590.)

Mortis causa donatio iſt eine Schenkung, die Jemand auf den Fall ſeines Todes durch einen Vertrag mit dem Beſchenkten macht und zwar

a. überhaupt auf den Fall ſeines Todes oder

b. auf den Fall ſeines Todes in einer beſtimmten bevorſtehenden Todesgefahr;

und zwar in beiden Fällen in der Art, daß die Schenkung wieder zuſammenfällt, wenn der Beſchenkte vor dem Schenker ſtirbt, und im Fall von b. außerdem noch, wenn der Schenker die ſpecielle Gefahr überlebt. Ihr Unterſchied von der (eigentlichen Schenkung, der ſog.) Schenkung unter Lebenden liegt darin, daß ihre Gültigkeit weſentlich abhängt davon, daß der Beſchenkte nicht vor dem Schenker ſtirbt und im Fall von b. außerdem noch davon, daß der Schenker jene Gefahr nicht überlebt[1]. Dieſer Sinn der Schenkung iſt ſtets anzunehmen, wenn Jemand ausdrücklich in Beziehung auf ſeinen Tod oder auf eine beſtimmte Todesgefahr ſchenkt, d. h. im Zweifel gilt dann die Schenkung für eine donatio mortis causa; und wenn der Schenker bei einer Schenkung, die er in Bezug auf ſeinen Tod macht, erklärt, die Schenkung ſoll *auch dann* gültig bleiben, wenn er *nach* dem Beſchenkten ſterben würde, ſo iſt das keine mortis causa donatio, ſondern eine inter vivos[2].

---

[1] Sie bleibt aber gültig, wenn der Beſchenkte *nach* oder *mit* dem Geber, alſo wenn der Geber *vor* oder *mit* dem Beſchenkten ſtirbt. D. h. t. 39, 6 l. 26.

[2] D. de mortis causa don. 39, 6 l. 27, l. 35 § 2 u. 4. Arndts § 589 Note b.

Die mortis causa donationes unterſcheiden ſich noch darin von der Schenkung unter Lebenden, daß bei ihnen der Schenker die Schenkung, wie überhaupt einen letzten Willen, bis zu ſeinem Tod willkürlich widerrufen kann. Doch iſt dies nicht weſentlich; die Schenkung gilt auch als mortis causa donatio, wenn der Schenker durch Vertrag hierauf verzichtete [3].

Die mortis causa donatio iſt ein bedingter Schenkungsvertrag, nämlich dadurch bedingt, daß der Schenker die betreffende Todesgefahr oder den Beſchenkten nicht überlebt. Dieſe Bedingung kann entweder als ſuspenſive ausgeſprochen werden, ſo daß es zur Erfüllung und zur definitiven Erwerbung aus der Schenkung erſt kommen ſoll, wenn die Bedingung eintritt (z. B. ich ſchenke dir 1000 M., falls ich vor dir ſterben ſollte), oder als reſolutive, ſo daß die Vollziehung und der Erwerb ſofort unbedingt geſchehen, aber dieſer Erwerb ſich rückwärts wieder auflöſen ſoll, wenn der Schenker die Todesgefahr oder den Beſchenkten überlebt [4].

Die mortis causa donationes beſtehen nicht in einer Auflage an den Erben des Schenkers, ſie ſind alſo ganz unabhängig von der Beerbung des Erblaſſers; ſie ſind vielmehr eine Verbindlichkeit des Erblaſſers, die er ſelbſt gegen den Beſchenkten kontrahirt [5]. Da ſie aber doch eine Erwerbung ſind, die der Beſchenkte definitiv erſt macht durch den (früheren) Tod des Schenkers, und die, wie jede letztwillige Verfügung, zuſammenfällt, wenn der Beſchenkte vor dem Schenker ſtirbt, ſo lag es ſehr nahe, im Übrigen auf ſie die Grundſätze von den Vermächtniſſen anzuwenden. Und ſo entſchied auch Juſtinian [6].

Nur iſt darüber viel Streit, ob zur Errichtung einer mortis causa donatio eine beſondere Form [7] erfordert werde. Nach römiſchem Recht hatte der Schenker die Wahl zwiſchen Schenkungs- und Vermächtnisform. Man konnte alſo, wenn die Schenkung 500 solidi nicht überſtieg, ohne alle Form auch eine mortis causa

---

[3] Arndts § 589 Note f; Savigny Syſt. Bd. IV § 170.

[4] Arndts § 589 Note g.

[5] Daraus folgt das bei Arndts § 590 bei Note o—t Geſagte.

[6] In Cod. de mort. c. don. 8, 57 cst. 4; I. de don. 2, 7 § 1. Vgl. Savigny Syſt. Bd. IV S. 260 ff. Hieraus folgt das von Arndts § 590 bei Note b—m Geſagte.

[7] Sie erfordert jedenfalls Acceptation des Beſchenkten.

donatio errichten; überſtieg ſie aber 500 Dukaten, ſo war zu ihrer Gültigkeit nöthig entweder gerichtliche Inſinuation der Schenkung[8], oder Codicillform (alſo in der Regel Zuziehung von 5 Zeugen[9]). Allein nach deutſchem Recht muß man behaupten, daß bei jeder mortis causa donatio Codicillsform[10] zu beobachten iſt[11].

---

[8] Wie bei jeder großen Schenkung überhaupt, ſ. Arndts § 81 Note g. h.

[9] Cod. h. t. 8, 57 cst. 4; I. l. c. § 1; beſonders Savigny l. c. S. 261 f.

[10] Alſo in der Regel Zuziehung von 5 Zeugen.

[11] Denn Dieſes war die herrſchende Anſicht im 15. und 16. Jahrhundert und von dieſer Anſicht geht entſchieden auch die Reichs-Notariats-Ordnung von 1512 (Titel „Von Teſtamenten") § 2 aus.

Fünfter Abſchnitt.

Die Notherbfolge*.

Einleitung.

§ 323.

(Arndts § 591.)

Die Frage über Notherbfolge kommt natürlich nur zur Sprache, wenn ein Erblaſſer einen letzten Willen errichtet, und zwar in der Regel nur, wenn er ein Teſtament macht (alſo über ſeinen ganzen Nachlaß verfügt). Hier iſt es natürlich, daß das Geſetz von ihm verlangt, er ſolle gewiſſe Rückſichten auf ſeine nächſten Angehörigen nehmen[1].

Macht er kein Teſtament, ſo wird er eben von ſeinen Inteſtaterben beerbt; die Frage über Notherbfolge entſteht hier in der Regel nicht. Doch kann wenigſtens die Frage über den Pflichttheil (und deſſen Berechnung) auch hier zur Sprache kommen, wenn der Erblaſſer durch Inteſtatcodicille ſeine nächſten Inteſtaterben, ſo weit ſie ſeine Notherben ſind, zu ſehr mit Vermächtniſſen belaſtet oder durch pflichtwidrige Schenkungen ſeinen Nachlaß erſchöpfte.

Die Frage, in wie weit ein Erblaſſer in einem Erbvertrag Notherben zu berückſichtigen hat und welche Folgen eintreten, wenn er

---

* Die Litteratur ſ. bei Arndts § 591 in der Anm. Beſonders zu empfehlen: Francke Das Recht der Notherben und Pflichttheilberechtigten (1831); Mühlenbruch Fortſetzung von Glücks Kommentar Th. 35 S. 119 bis Th. 38 S. 117; Arndts Pflichttheils- und Notherbenrecht, in Weiske's Rechtslexikon Bd. 8 S. 79—170 (nun auch in Arndts civiliſtiſchen Schriften II Nr. 55 S. 560—651); Ad. Schmidt Das formelle Recht der Notherben (Leipz. 1862. 193 Seiten); über das ältere Recht beſonders Bangerow Pand. §§ 467—482.

[1] Er ſoll ſie nicht ohne gerechten Grund von ſeinem Nachlaß ganz ausſchließen, wenigſtens ihnen eine gewiſſe Portion, den ſog. Pflichttheil hinterlaſſen; auch fordert das Geſetz in Bezug auf gewiſſe Notherben, daß (ihnen nicht bloß der Pflichttheil hinterlaſſen, ſondern) auch gewiſſe formelle Rückſichten gegen ſie im Teſtament beobachtet werden.

in dieser Hinsicht Fehler machte, ist des Näheren im deutschen Privatrecht zu entwickeln.

Die Personen, welche ein Recht auf gewisse Berücksichtigung im letzten Willen haben[2], nennt man im Allgemeinen Notherben; eigentliche Notherben aber sind nur Diejenigen, welche ein Recht auf Erbeinsetzung haben. Dies sind bloß Descendenten und Ascendenten[3].

Auf Notherben muß in der Regel jeder Erblasser Rücksicht nehmen — ausgenommen

a. wer ein privilegirtes Militärtestament zu machen befugt ist und wirklich errichtet[4];

b. der Hausvater, der ein Pupillartestament macht[5].

c. Bei der Quasi-Pupillarsubstitution gilt in Beziehung auf Noth-Erben ganz Besonderes[6].

Erster Unterabschnitt.

Notherbrecht der Descendenten und Ascendenten des Erblassers.

Erstes Kapitel. Die Berechtigten.

§ 324.

(Arndts § 592.)

Notherbrechte an dem Erblasser haben Diejenigen seiner Descendenten, welche im konkreten Fall seine nächsten Intestaterben sein würden[1]; ferner nach ihnen diejenigen seiner Ascendenten, welche seine Intestaterben in der zweiten Klasse[2] sein würden. Eine Ausnahme macht nur der minus plene adoptatus; er hat zwar ein Intestaterbrecht an seinem Adoptivvater in der ersten Klasse, aber dieses Intestaterbrecht ist kein Notherbrecht[3].

---

[2] Arndts l. c. Nr. 1—4.

[3] S. unten § 326 ff. — Wohl zu unterscheiden von diesen Notherben aber sind die heredes necessarii, ein Ausdruck, der eine ganz andere Beziehung hat, s. oben § 298 Nr. VII.

[4] S. jedoch oben § 285 Nr. I 1 a bei Anm. 6.

[5] S. oben § 293. [6] S. oben § 294.

[1] Die ihn also nach (oben) § 276 und § 277 Nr. I in der ersten Klasse beerben würden.

[2] Vgl. (oben) § 276 und § 277 Nr. II.

[3] S. oben § 251 Lit. A Nr. II. — Manche wollen auch einem Kinde, welches von einem Dritten arrogirt oder plene adoptirt wurde, Notherbrechte gegen seinen

Bei der Notherbfolge versteht es sich von selbst, daß nicht Alle, welche überhaupt in abstracto zu den Notherben gehören, mit einander vom Erblasser im konkreten Falle Berücksichtigung verlangen können; sondern nur diejenigen Notherben zu berücksichtigen sind, welche im konkreten Falle[4] seine nächsten Intestaterben sein würden. Dies ist natürlich. Denn wer im konkreten Fall an dem Erblasser gar kein Intestaterbrecht haben würde, kann auch nicht sein Notherbe sein, da doch nicht verlangt werden kann, daß der Erblasser Personen bedenken soll, welchen, wenn er ohne letzten Willen stirbt, die Gesetze selbst nicht einmal Etwas vom Nachlaß zuwenden; dagegen gilt der Schluß nicht umgekehrt, d. h. man kann nicht von der Intestaterbfolge unbedingt auf die Notherbfolge schließen; denn nur gewisse Intestaterben sind auch Notherben, und es giebt selbst Intestaterben, durch welche ein Notherbe von der Intestaterbfolge ausgeschlossen werden kann oder die mit einem Notherben zur Intestaterbfolge kommen können und doch selbst keine Notherben sind. Dieses findet bei dem minus plene adoptatus statt, welcher Intestaterbe des pater adoptans ist und bei der Intestaterbfolge die Ascendenten desselben ausschließt, aber selbst nicht Notherbe ist; ferner bei vollbürtigen Neffen und Nichten, die den Erblasser mit seinen Ascendenten ab intestato beerben, aber nicht Notherben desselben sind. In solchen Fällen kann ein Notherbe, wenn er bei der Intestaterbfolge einem Notherben nachsteht, von seinem Notherbrechte keinen Gebrauch machen, so lange dieser bessere Intestaterbe zur Erbschaft kommen kann oder kommt.

---

leiblichen Vater, und dem Letzteren auch Notherbrechte an einem solchen Kind versagen, so auch Arndts l. c. bei Note c und Anm. 1. Allein Dieses war nur älteres römisches Recht, weil nach ihm solche Kinder, so lange sie in aliena familia waren, nicht zu den liberi des leiblichen Vaters im technischen Sinne gehörten und deßhalb ihn nicht in der ersten Intestatklasse beerben konnten. s. oben § 271 Lit. B Nr. I 1 b. Aber nach dem neuesten römischen Recht, nach Nov. 118, beerben diese einander als leibliche Descendenten und Ascendenten in der ersten, resp. zweiten Klasse und diese Qualität wird ja durch eine Adoption nicht aufgehoben; sie gehören also auch zu den Descendenten und Ascendenten, welchen die Nov. 115 volle Notherbrechte giebt. Vgl. oben § 251 Lit. A Nr. I.

[4] Wenn aber der Nächste gültig ausgeschlossen ist, muß dann der Erblasser den sequens berücksichtigen? l. 6 pr. de ini. rupt. 28, 3 ist entschieden dagegen; eben so l. 9 § 2 de liberis 28, 2 und l. 7 pr. si tabul. test. null. 38, 6. Vgl. Seuffert Erläuterungen zum Erbrecht S. 46 f.; Bangerow Pand. II § 488 S. 296 und § 480 a. E. S. 276; Mühlenbruch l. c. XXXVII 366. — Das Sächsische Gesetzbuch (§ 2599) hat die Frage gut entschieden: der rechtmäßig Enterbte gilt als vor dem Erblasser gestorben. Also ist der Folgende im Testament zu berücksichtigen.

Zweites Kapitel. Das Recht auf den Pflichttheil.

§ 325.

(Arndts §§ 593—597.)

I. Der Pflichttheil, die portio legitima ist ein Betrag aus dem Nachlaß, welchen der Erblasser wenigstens seinen Notherben hinterlassen muß, wenn er nicht gerechte Ausschließungsgründe hat. Natürlich kann dieser Pflichttheil nicht im ganzen Intestaterbtheil des Notherben bestehen, weil ja sonst dem Erblasser (sobald er Notherben hätte) in der Regel Nichts übrig bliebe, worüber er frei testiren könnte; er kann vielmehr vernünftigerweise nur in einem gewissen Theil der Intestatportion des Notherben bestehen und so bestimmen es auch die Quellen. Im älteren römischen Recht bestand er im vierten Theil der Portion, die der Notherbe bekommen hätte, wenn der Erblasser intestatus gestorben wäre, nach Analogie der quarta Falcidia[1]. Justinian aber setzte ihn bei mehr als 4 Konkurrenten auf $^1/_2$, bei 4 oder weniger auf $^1/_3$ der Intestatportion eines Jeden, so daß also der Erblasser im ersteren Fall über $^2/_3$, im zweiten Fall über $^1/_2$ seines Nachlasses frei verfügen kann[2]. Dabei ist zu bemerken

1) Justinian spricht in Nov. 18 zunächst bloß von Kindern. Mit Recht aber nehmen die Meisten an, daß die Bestimmung von allen Pflichttheilsberechtigten gelte[3].

2) Um den Pflichttheil des einzelnen Notherben zu finden, muß man

a. zunächst die Größe seiner Intestat-Portion eruiren, also alle diejenigen Personen mit in Rechnung nehmen, welche mit ihm ab intestato den Erblasser beerbt haben würden — mögen sie Notherbrecht haben oder nicht, gültig enterbt sein oder nicht, miterben oder nicht; sie alle: partem faciunt ad minuendam legitimam, d. h. werden mitgezählt, um die Intestatportion zu bestimmen, mindern also den Pflichttheil, weil je kleiner der Intestaterbtheil ist, um so kleiner auch der Pflichttheil wird.

---

[1] Vgl. Arndts § 593 Note b. — Daher heißt der Pflichttheil auch sehr häufig Falcidia in den Quellen.

[2] Nov. 18 cap. 1. [3] Arndts § 593 Anm. 1.

b. Der Pflichttheil des Notherben ist dann $^1/_3$ oder $^1/_2$ von dem so berechneten Intestaterbtheil und zwar $^1/_2$, wenn mehr als 4 Konkurrenten da sind, $^1/_3$ wenn 4 oder weniger. Auch hier sind unter Konkurrenten die unter a. Genannten zu verstehen: (sie) numerum faciunt ad augendam legitimam, d. h. Alle, welche mit dem Notherben ab intestato berufen sein würden, werden mitgezählt, um zu bestimmen, ob der Pflichttheil bloß $^1/_3$ oder ob er $^1/_2$ seiner Intestatportion ist (kann also von $^1/_3$ steigen auf $^1/_2$); mögen sie Notherbrecht haben oder nicht[4].

Hierbei sind, wenn der Fall ein solcher ist, in welchem bei der Intestaterbfolge in stirpes getheilt wird, die auf einem Stamm Stehenden bloß als Ein Konkurrent zu zählen[5].

c. Die unter a—b angeführte Weise, den Pflichttheil je nach der Intestatportion des einzelnen Notherben zu berechnen, nennt man computatio distributiva.

Manche aber meinen, es sei anders und zwar so zu rechnen: der Pflichttheil aller Notherben mit einander betrage bei 4 oder weniger Konkurrenten $^1/_3$, bei mehr als 4 Konkurrenten $^1/_2$ des ganzen Nachlasses, und Dieses sei unter die Notherben gleich zu vertheilen, sog. computatio collectiva. Allein mit Recht wird dies von den Meisten verworfen. Denn die Einheit, von welcher der Pflichttheil eine Quote sein soll, war nach römischem Recht von jeher der Intestaterbtheil des einzelnen Notherben, keineswegs aber für sämmtliche Notherben zusammen der ganze Nachlaß; und hieran hat Justinian in Nov. 18 Nichts geändert[6].

---

[4] Arndts § 593 Anm. 2.

[5] Z. B. wenn ich 3 Söhne und aus einem verstorbenen 4ten Sohne 6 Enkel hinterlasse, so beträgt die Intestatportion eines jeden Enkels $^1/_6$ von $^1/_4$, der Pflichttheil eines jeden also nur $^1/_3$ seiner Intestatportion. Arndts § 593 Anm. 1 a. E., besonders auch dessen daselbst citirte Abhandlung im Rechtslexikon VIII S. 127 f. (und in seinen Gesammelten Schriften II 607 f.).

[6] In vielen Fällen führen beide Rechnungen aufs Gleiche; nämlich wenn alle Intestaterben zugleich auch Notherben im konkreten Falle sind. Ist dies aber nicht der Fall, so kann der Unterschied sehr bedeutend sein, und da ist kein Zweifel, daß die computatio distributiva allein die richtige ist. Denn im älteren römischen Recht war es anerkannter Grundsatz, daß der Pflichttheil nur ein Theil der Intestatportion des einzelnen Notherben sei und an diesem Grundsatz wollte Justinian in Nov. 18 Nichts ändern und in späteren Novellen (z. B. Nov. 39 cap. 1, Nov. 22 cap. 48) sagt er dies sogar noch mit ausdrücklichen Worten (Arndts § 593 Anm. 1 Lit. b). Auch würde in manchen Fällen die computatio collectiva auf die Absurdität führen, daß der Pflichttheil größer wäre, als der ganze Intestaterbtheil, z. B. R. hat 30,000 M. im Vermögen und hinterläßt Vater und 4 Brüder, er setzt den Vater auf den Pflichttheil, aufs Übri eine persona

II. Berechnet wird der Pflichttheil aus dem reinen Nachlaß, wie er zur Zeit des Todes des Erblassers bestand, nach Abzug aller Schulden[7], und dabei muß sich der Pflichttheilsberechtigte in seinen Pflichttheil einrechnen lassen Alles, was er mortis causa erhält; ferner auch Ausstattungen, die er von dem Erblasser früher erhalten hatte; andere Geschenke aber nur, wenn der Erblasser es bei der Schenkung besonders bestimmt.

III. Der Notherbe kann seinen Pflichttheil sofort nach des Erblassers Tode verlangen und zwar ganz frei von allen Lasten und Beschränkungen. Jede beschränkende Bestimmung, die der Erblasser auf den Pflichttheil legte, z. B. wenn er den Pflichttheil bloß unter einer Bedingung gab, oder bestimmte, er solle in späterer Zeit erst ausgezahlt werden, ist, so weit sie den Pflichttheil betrifft, ungültig und wird gestrichen. Wenn daher der Notherbe mit Vermächtnissen belastet ist und sie betragen so viel, daß er seinen Pflichttheil nicht frei hätte, so sind die Vermächtnisse, so weit sie den Betrag seines Pflichttheils überschreiten, ungültig und werden daher verhältnismäßig gekürzt[8].

Nach kanonischem Recht kann der Notherbe sogar nicht bloß seinen Pflichttheil frei verlangen und vorweg abziehen, sondern auch noch dazu die quarta Falcidia oder Trebellianica; z. B. ich hinterlasse 24,000 M., setze meinen einzigen Sohn zum Erben ein, lege ihm aber so viele Vermächtnisse auf, daß er 23,000 M. zahlen müßte; hier ist so zu rechnen: sein Pflichttheil beträgt 8000 M.[9]; da er aber, wenn er alle Vermächtnisse auszahlte, nur 1000 M. behalten würde, so zieht er den Vermächtnisnehmern 7000 M. ab, um seinen Pflichttheil frei zu bekommen; aber die übrigen 16,000 M. braucht er nach kanonischem Recht nicht ganz auszuzahlen, sondern er kann von ihnen auch noch die quarta Falcidia (oder, wenn das Vermächt-

---

honesta zum Erben ein und übergeht, was er dann kann (s. Arndts § 604), die 4 Brüder. Hier ist der Intestaterbtheil des Vaters 6000 M., also der Pflichttheil nach der richtigen computatio distributiva, weil 5 Konkurrenten da sind, 1/2 davon, also 3000 M.; nach der computatio collectiva aber (sollen Die, welche im konkreten Fall pflichtheilsberechtigt sind, mit einander die Hälfte des ganzen Nachlasses bekommen, und da der Vater allein pflichttheilsberechtigt ist, so) wäre sein Pflichttheil 15,000 M., während doch sogar seine Intestatportion nur 6000 M. betragen würde.

[7] Die näheren Bestimmungen s. bei Arndts § 593 Note e—h und § 594.

[8] S. Arndts § 595 und über die sog. cautela Socini s. daselbst Anm. 2.

[9] Die Intestatportion wäre der ganze Nachlaß, der Pflichttheil 1/3 davon.

nis ein Universalvermächtnis ist, die quarta Trebellianica), also 4000 M. abziehen, und so zahlt er den Vermächtnisnehmern im Ganzen bloß 12,000 M. Nach römischem Recht hat er nicht das Recht eines solchen doppelten Abzuges (sog. duplex quarta), sondern bloß die Wahl, vom Ganzen entweder den Pflichttheil oder die Quart abzuziehen[10]. Allein das kanonische Recht giebt ihm das Recht auf doppelten Abzug[11].

IV. Der Erblasser kann seiner sog. materiellen Pflicht, d. h. der Verbindlichkeit, dem Notherben wenigstens den Pflichttheil zu hinterlassen, in beliebiger Weise entsprechen, sei es durch Erbeseinsetzung oder dadurch, daß er dem Notherben ein Vermächtnis giebt, welches den Betrag des Pflichttheils enthält. Wenn aber das dem Notherben Zugewendete nicht den ganzen Pflichttheil beträgt, so kann der Notherbe gegen die übrigen Erben klagen auf Ergänzung des Pflichttheils mit einer sog. actio ad supplendam legitimam[12].

Drittes Kapitel. Formelle und materielle Pflichten, welche gegen Descendenten und Ascendenten zu beobachten sind, und die Folgen ihrer Nichtbeobachtung.

Das ältere Recht vor der Novelle 115*.

§ 326.

Das Notherbrecht bildete sich bei den Römern nur allmählich aus, und zwar bis zu Justinian in einer sehr komplicirten Weise. Erst Justinian, und zwar erst in seinen Novellen, in Novelle 115, änderte das ältere Recht ganz wesentlich und suchte ein einfacheres Recht an seine Stelle zu setzen.

---

[10] Cod ad SC. Trebell. 6, 49 cst. 6 pr.; ad leg. Falc. 6, 50 cst. 10.

[11] X. de testam. 3, 26 cap. 16, 18. Zwar sprechen diese Stellen bloß von einem Falle, in welchem der Erblasser sein Kind mit einem bedingten Universalfideicommiß beschwerte, und deßhalb wollen Manche das Recht des doppelten Abzugs auf einen solchen Fall beschränken. Allein aus den Stellen ergiebt sich, daß sie hier von einem allgemeinen Grundsatz ausgehen und ihn bloß auf den genannten Fall anwenden wollen.

[12] Arndts § 596. Näheres hierüber und über den Pflichttheil überhaupt s. unten § 326 Lit. B. — Über Arndts § 597 s. unten § 327 Nr. VII.

* Dieses ältere Recht ist auch noch in Justinians Institutionen, Digesten und Kodex mit einigen Modifikationen übergegangen.

Das älteſte römiſche Recht (ſelbſt noch das der XII Tafeln) kannte keine Art von Notherbrecht; der Teſtirer hatte volle Freiheit in der Dispoſition über ſein Vermögen und dabei nicht die geringſte Rückſicht auf nahe Angehörige zu nehmen[1]. Erſt in der mittleren Zeit der Republik kam durch den Einfluß der Juriſten der Grundſatz auf, daß der Erblaſſer, wenn er suos heredes (als nächſte Inteſtaterben) hinterlaſſen würde, in ſeinem Teſtament in Beziehung auf dieſe eine gewiſſe Formalität zu beobachten habe[2]. Er durfte zwar auch dieſe ganz frei und ohne alle Gründe von der Erbſchaft ausſchließen; aber er ſoll ſich wenigſtens beſtimmt (in ſeinem Teſtament) darüber erklären; er ſoll in ſeinem Teſtament ihrer erwähnen und ſie entweder zu Erben einſetzen (inſtituiren) oder ausdrücklich erklären, daß ſie von der Erbſchaft ausgeſchloſſen ſein ſollen, ſie ausdrücklich exheredіren[3] (enterben).

Dieſes vom Civilrecht eingeführte ſog. formelle Notherbrecht dehnte dann ſpäter das prätoriſche Edikt auch auf die übrigen liberi des männlichen Erblaſſers[4] aus.

Eine Verbindlichkeit, den genannten Deſcendenten vom Nachlaß irgend Etwas zuzuwenden, hatte der Teſtirer nicht.

Erſt gegen das Ende der Republik wurde eine Verbindlichkeit eines Erblaſſers, gewiſſen Angehörigen wenigſtens einen Theil ſeines Vermögens zuzuwenden, die portio legitima, durch die Praxis des Centumviralgerichts[5] eingeführt; dieſe Verbindlichkeit bildete das ſog. materielle Notherbrecht.

Die Folgen, wenn der Erblaſſer einen Fehler gegen eine dieſer Vorſchriften machte, waren höchſt verſchieden. Man muß daher unterſcheiden:

A. Das formelle Notherbrecht vor der Novelle 115.

I. Nach dem ius civile.

1) Eine Pflicht zur Beobachtung einer gewiſſen Form hatte nach

---

[1] Vgl. D. de V. S. 50, 16 l. 120.

[2] Alſo bloß männliche Erblaſſer. Um zu wiſſen, daß er an ſie gedacht habe.

[3] Exheredes facere. Weiteres als die Beobachtung dieſer formellen Pflicht konnten ſie nicht anſprechen.

[4] In dem oben § 271 Lit. B Nr. I 1 b ausgeführten Sinn. Wir bezeichnen dieſe liberos gewöhnlich durch sui und emancipati, die Hauptfälle derſelben.

[5] Vgl. Keller Römiſcher Civilproceß § 6.

dem Civilrecht nur ein männlicher Teſtirer und zwar nur gegen sui heredes[6], alſo

a. gegen Diejenigen, welche zur Zeit der Teſtamentserrichtung in ſeiner unmittelbaren Gewalt waren: Söhne, Töchter, Enkel aus einem Sohn, wenn der Letztere nicht mehr lebt oder er emancipirt iſt;

b. gegen die postumi sui. Dieſe ſind bei der Notherbfolge[7] nicht bloß Diejenigen, welche erſt nach dem Tod des Teſtirers geboren werden[8], ſondern überhaupt Alle, welche erſt nach der Teſtamentserrichtung sui werden, d. h. in ſeine unmittelbare Gewalt kommen, durch Arrogation oder durch Wegfallen eines zwiſchen ihnen und dem Teſtirer ſtehenden Sohnes desſelben; z. B. wenn der Teſtirer zur Zeit der Teſtamentserrichtung in ſeiner Gewalt einen Sohn und deſſen Kinder hat: ſo ſind dieſe Kinder des Sohnes nicht sui des Teſtirers, weil ſie nicht in ſeiner unmittelbaren Gewalt ſind; ſie werden durch ihren Vater ausgeſchloſſen; ſtirbt aber dieſer nach der Teſtamentserrichtung, ſo ſind nun deſſen Kinder in der unmittelbaren Gewalt ſeine postumi sui. — Ebenſo ſind die Söhne und Töchter des Erblaſſers, die ihm nach der Teſtamentserrichtung geboren werden, ſeine postumi sui.

2) Die Form, welche der Hausvater gegen dieſe suos heredes zu beobachten hatte, beſtand darin. Er muß ſeine sui entweder unbedingt zu Erben einſetzen (inſtituiren), ſei es auch nur zu einem ganz unbedeutenden Theil (institutio rite facta). Will er dies nicht: ſo muß er ſie unbedingt ausdrücklich vom Ganzen ausſchließen, alſo ausdrücklich exheredіren (exheredatio rite facta)[9].

3) Wenn der Erblaſſer gegen dieſe Form fehlt, ſo heißt der suus präterirt. Eine praeteritio iſt daher nicht nur dann vorhanden, wenn der suus ganz mit Stillſchweigen übergangen iſt, ſondern auch: wenn ihm bloß ein Vermächtnis hinterlaſſen, er aber nicht dabei auch zum Erben eingeſetzt oder ausdrücklich (rite) exherebirt wurde; ferner: wenn er bloß bedingt exherebirt iſt; oder wenn er bloß

---

[6] In dem oben § 298 Nr. VII 2 ausgeführten Sinn.

[7] Anders bei der Inteſtaterbfolge.

[8] Alſo die oben § 298 Nr. VII 2 (gegen das Ende) Angeführten.

[9] I. de exher. liberor. 2, 13 pr. §§ 1, 2, 4, 5; Cod. de liberis praeteritis 6, 28 cst. 4. Arndts § 598 Anm. Nr. 1.

bedingt eingesetzt ist (sollte auch die Bedingung eine unmögliche sein), ohne daß er auf den Fall des Nichteintritts der Bedingung ausdrücklich exheredirt wäre. Denn es ist gegen die Form verstoßen. Sage ich z. B.: „mein Sohn soll mein Erbe sein, falls er die Titia heirathet", so ist dies eine Präterition; wenn ich jedoch beifüge: „heirathet er sie nicht, so enterbe ich ihn hiermit", so ist nun rite testirt, weil er für den Fall des Nichteintritts der Bedingung ausdrücklich exheredirt ist. — Nur wenn die Bedingung (unter welcher das Kind eingesetzt ist) für den suus rein potestativ ist, also ihre Erfüllung lediglich von seinem Willen abhängt, so braucht eine exheredatio auf den Fall des Nichteintritts nicht beigefügt zu werden, weil, wenn das Kind die Bedingung nicht erfüllt, dies als ein Verzicht auf die Erbschaft angesehen wird [10].

Präterition ist es auch noch, wenn der Testirer mehrere suos exheredirt, ohne jeden speciell zu bezeichnen (er sie bloß inter ceteros exheredirt) [11]; ferner: wenn er einen suus exheredirt, aber nicht von der ganzen Erbschaft oder nicht von allen Graden [12].

4) Wenn gegen diese Formverbindlichkeit gefehlt war, so waren nach Civilrecht die Wirkungen folgende:

a. Wurde vom Hausvater ein Sohn (männlicher suus ersten Grades), der schon zur Zeit der Testamentserrichtung sein suus war, präterirt: so war das ganze Testament mit seinem Inhalt und seinen Anhängen (codicilli) von Anfang an absolut null und nichtig (sog. nullitas iuris veteris). Bei dieser Nichtigkeit verblieb es auch, wenn gleich der suus noch vor dem Erblasser starb [13]. Wenn

[10] D. de hered. inst. 28, 5 l. 4—6, l. 86. Bangerow Pand. II S. 234.

[11] So Justinian; früher nur bei Söhnen; bei Töchtern und Enkeln war die exheredatio inter ceteros gültig; I. de exher. liberor. 2, 13 § 5 vgl. mit pr. § 1.

[12] Sowohl von der institutio, als auch von der substitutio. Es muß daher die Exheredation vorgenommen werden ganz vorn im Testament oder zwischen den institutis; wenn aber auch substituti da sind und diese im Testament abgesondert von den Erbeseinsetzungen stehen, so muß die exheredatio geschehen zwischen den instituti und substituti; oder, geschieht dies nicht (wenn z. B. die exheredatio am Ende des Testaments geschieht), so muß ausdrücklich gesagt sein, man exheredire das Kind von allen Graden und von der ganzen Erbschaft; ist dagegen gefehlt und das Kind nur von Einem Grad gehörig exheredirt, so fällt der Grad, bei welchem es nicht exheredirt ist, zusammen; z. B. die Erbeseinsetzungen sind ungültig, wenn es nur bei der Substitution exheredirt ist. D. de liberis et post. 28, 2 l. 3 § 3—6, l. 14 § 1; I. de exher. lib. 2, 13 § 5; Bangerow Pand. II S. 238—242.

[13] I. de exher. liber. 2, 13 pr.

daher der Erblaſſer früher ein anderes Teſtament gültig errichtet hatte, ſo wird er nun aus dieſem beerbt, da es durch das ſpätere nichtige, in welchem der suus präterirt war, nicht aufgehoben werden konnte[14]. Iſt kein ſolches Teſtament da, ſo wird eben der Erblaſſer ab intestato beerbt; der präterirte suus und jeder mit ihm berufene Inteſtaterbe bekommt die Inteſtaterbſchaft, alſo den vollen Inteſtaterbtheil[15].

b. Wurden vom Hausvater andere sui, eine Tochter oder ein Enkel, welcher unmittelbar in ſeiner Gewalt war, präterirt, ſo blieb das Teſtament gültig, aber der Präterirte wurde den eingeſetzten (ihm vorgezogenen) Erben eingereiht und theilte mit ihnen die Erbſchaft[16]. Juſtinian aber beſtimmte[17], daß auch im Fall von Lit. b das unter a Geſagte gelten ſoll.

c. Wurde ein postumus suus präterirt, ſo iſt das Teſtament von Anfang an gültig, weil ja der postumus noch nicht da iſt und man nicht weiß, ob einer kommt. Sobald aber der Erblaſſer den postumus bekommt, fällt nun das Teſtament zuſammen und wird nichtig[18].

II. Prätoriſches Recht. Wurden vom Teſtirer ſeine emancipati oder überhaupt liberi[19], wenn ſie keine sui ſind, präterirt, ſo hatten ſie nach Civilrecht keine Rechtsmittel; aber das prätoriſche Edikt führte dieſelbe Formverbindlichkeit, wie ſie gegen sui beſtand (Nr. I 1), auch gegen ſie ein und ertheilte ihnen, wenn ſie im Teſtament präterirt waren, die bonorum possessio contra tabulas. Von dieſem Rechtsmittel konnte auch der präterirte suus (wenn er ſich nicht auf das Civilrecht berufen und nicht nach demſelben das Teſtament als nichtig behandeln wollte) Gebrauch machen, d. h. der Prätor bietet eben allen präterirten liberis des männlichen Erb-

---

[14] D. de liber. et postum. 28, 2 l. 7.

[15] Dieſen fordert er nicht mit einer ſog. Nullitätsquerel (ſ. oben § 84 Nr. I Anm. 6 Th. I S. 421 f.), ſondern mit der hereditatis petitio intestati, welche erſt in 30 Jahren verjährt. D. l. c. l. 30; de iniusto 28, 3 l. 1; I. l. c. § 5.

[16] Wenn andere sui eingeſetzt waren, bekam er einen Kopftheil; wenn extranei eingeſetzt waren: die Hälfte. Gaius Inst. II 124 und I. l. c. pr.

[17] In Cod. de lib. praet. 4, 29 cst. 4 § 1 und I. l. c. § 5, alſo noch vor der Nov. 115.

[18] Agnatione postumi rumpitur. I. l. c. § 1, 5; D. de iniusto 28, 3 l. 3 § 3.

[19] In dem oben § 271 Lit. B Nr. I 1 b ausgeführten Sinne.

lassers, seien sie sui (immediati) oder nicht-sui[20], die bonorum possessio contra tabulas an. Aber das prätorische Edikt behandelt ein Testament, in welchem liberi präterirt waren, nicht als nichtig; es ging vielmehr davon aus, ein solches Testament sei von Anfang an ganz gültig, nur sei es nach des Erblassers Tod wesentlich umzugestalten, wenn die Präterirten beim Prätor um bonorum possessio contra tabulas nachsuchen[21].

Die praktische Folge davon ist die, daß nur die zur bonorum possessio contra tabulas Berechtigten, nicht auch andere Intestaterben gegen das Testament auftreten können, daß durch ein solches Testament (weil der Prätor es als gültig behandelt) ein früheres Testament aufgehoben wird, und daß manche Theile des Testaments noch stehen bleiben. Es bekommen nämlich dann die Präterirten ihren Intestaterbtheil, indem das Testament seines Inhalts gleichsam entleert wurde, und jene die Erbschaft durchaus nach Intestatgrundsätzen theilten[22].

Ausnahmsweise bleibt aber Einiges vom Inhalt des Testaments gültig, namentlich:

a. die Einsetzung eines Notherben, wenn er mit dem Kontratabulanten zugleich der nächste Intestaterbe des Erblassers ist, bis auf seinen Intestaterbtheil[23];

b. eine darin enthaltene exheredatio rite facta eines Notherben; diese kann der Exheredirte nur durch querela inofficiosi testamenti anfechten[24];

c. die darin enthaltene Pupillarsubstitution; außer der Kontratabulant selbst wäre Pupillarsubstitut[25];

d. was der Erblasser im Testament personis coniunctis sive exceptis, d. h. seinen Descendenten oder Ascendenten hinter-

---

[20] Diese sollen hier kurz durch emancipati bezeichnet werden.

[21] Es werden nämlich die Präterirten gleichsam ins Testament eingefügt und sie verdrängen die darin Honorirten.

[22] D. de bon. poss. c. tab. 37, 4 l. 1 § 1, l. 11 § 1, l. 12 pr. — Waren aber liberi im Testament eingesetzt, so können doch auch sie gegen das Testament kontratabuliren, wenn edictum per alium commissum est, d. h. wenn neben ihnen ein Präterirter da ist, durch dessen Präterition das Edikt in Wirksamkeit gesetzt ist. Dies ist natürlich für sie dann sehr wichtig, wenn sie auf weniger als ihren Intestaterbtheil eingesetzt sind; denn durch die contra tabulas possessio bekommen sie ja ihren vollen Intestaterbtheil. (D. l. c. l. 8 § 11—13, l. 11 pr.)

[23] l. 14 pr. eod. [24] l. 10 § 10, l. 20 eod. S. unten Lit. B.

[25] D. de vulg. subst. 28, 6 l. 34 § 2.

ließ, sei es durch Erbeseinsetzung oder durch Vermächtnis, bleibt theilweise gültig; nämlich von dem ihnen Zugedachten bekommen sie miteinander höchstens so viel, als ein einzelner bonorum possessor bekommt[26].

Das Recht zur bonorum possessio contra tabulas fiel natürlich weg, wenn der Berechtigte die prätorische Frist verstreichen ließ oder ausdrücklich oder stillschweigend darauf verzichtete, wohin auch die Annahme eines Vermächtnisses ex testamento gehört[27].

III. Gegen andere Descendenten außer den suis und emancipatis, überhaupt gegen alle anderen Notherben, hatte der Testirer gar keine Form zu beobachten, also der Großvater keine gegen seinen Enkel aus der Tochter, ferner weibliche Ascendenten keine gegen ihre Descendenten, z. B. die Mutter keine gegen ihre Kinder; ferner Descendenten keine gegen ihre Ascendenten. Hier galt jede Präterition derselben als eine exheredatio rite facta; das Testament war formell ganz gültig; aber

B. der Erblasser hatte gegen diese anderen Descendenten (wie auch gegen die sui und emancipati) eine materielle Pflicht; die Pflicht, ihnen den Pflichttheil nicht zu entziehen (welche gegen das Ende der Republik durch die Praxis des Centumviralgerichts eingeführt wurde). Der Erblasser mußte nämlich, wenn er ein Testament machte, jedenfalls denjenigen Descendenten und Ascendenten, welche (nach § 324) seine nächsten Notherben sind, auf irgend eine Weise den Pflichttheil hinterlassen, wenn er nicht gerechte Ursache hatte, mit ihnen unzufrieden zu sein, worüber der Richter nach seinem Ermessen

---

[26] Also nur eine portio virilis im Verhältnis zu den bonorum possessores. D. de legatis praestandis 37, 5 l. 5 § 6, 7; l. 6, 7, 8 pr. § 1, 2, l. 15 § 2. Bangerow Pand. II S. 247 f. — Hierbei gelten aber noch folgende Unterschiede. Wenn emancipati praeteriti kontratabuliren und allein zur Erbschaft kommen, so müssen sie das oben Angeführte an die personas coniunctas abgeben; kontratabulirt aber ein suus praeteritus, so braucht er nicht einmal das Angeführte zu leisten, hat also auch an personas coniunctas Nichts zu zahlen. (D. l. c. l. 15 pr., l. 16.) Dies kommt denn auch dem emancipatus praeteritus zu statten, wenn neben ihm ein suus praeteritus kontratabulirt; er braucht dann Nichts an personas coniunctas abzugeben (l. 15 pr. eod.; Bangerow Pand. II S. 249.

Wenn endlich durch einen Präterirten das Edikt kommittirt ist, dieser macht aber von seinem Recht keinen Gebrauch (ist aber zur Zeit des Todes des Erblassers noch vorhanden), und es kontratabulirt nun ein eingesetzter suus oder emancipatus (nach dem oben in Anm. 22 Angeführten), so müssen sie nicht nur die Lasten an die personas coniunctas, sondern auch alle Vermächtnisse ohne allen Unterschied auszahlen; l. 14 § 5, § 1 eod.

[27] D. h. t. 37, 4 l. 2 pr., l. 10 § 3, l. 15, l. 18 § 1; Bangerow l. c. II 243.

zu entscheiden hatte. In welcher Form (ob durch Erbeseinsetzung oder Vermächtnis) ihnen der Pflichttheil gegeben wurde, war ganz gleichgültig[28]. Wenn nun der Erblasser einem solchen Nächstberufenen den Pflichttheil (die portio legitima) nicht hinterlassen, also ihn vom Pflichttheil ausgeschlossen hatte, so war zwar sein Testament an sich gültig, der Verletzte aber konnte, wenn er beweist, daß der Erblasser keinen gerechten Grund gehabt habe, ihn vom Pflichttheil auszuschließen, das Testament mit der querela inofficiosi testamenti anfechten und umstoßen. Diese Klage stützte die Praxis des Centumviralgerichts darauf: ein Erblasser, der seinen nächsten Angehörigen lieblos den Pflichttheil entziehe, müsse nicht recht bei Verstand (quasi demens) gewesen sein (color insaniae). Die Klage enthielt daher einen schweren Vorwurf gegen den Erblasser, eine accusatio testatoris[29], und war deßhalb nur subsidiär[30] und verjährte schon in 5 Jahren[31] und hatte auch sonst manche Eigenthümlichkeiten[32]. Sie ist gegen die Testamentserben[33] anzustellen; der siegende Intestaterbe erlangt seinen Intestaterbtheil frei von allen Vermächtnissen.

Waren mehrere Erben eingesetzt und der Notherbe klagte nur gegen Einen und siegt: so wurde das Testament nur zu dessen Portion rescindirt und die anderen Eingesetzten behalten ihre Portion, so daß nun in diesem Fall der Erblasser ab intestato und zugleich ex testamento beerbt wird[34].

Die Verbindlichkeit zum Pflichttheil hatte natürlich der Erblasser auch gegen seine suos und emancipatos; aber wenn er gegen diese einen Formfehler begangen hatte, sie also weder rite instituirt noch rite exheredirt hatte (Lit. A Nr. I 2), so hatten sie sich auf die Pflichttheilsfrage gar nicht einzulassen, weil dann schon des bloßen Formfehlers wegen das unter Lit. A Nr. I 4 und II Angeführte eintrat. Hatte er sie rite exheredirt, ihnen aber den Pflichttheil in irgend einer Weise, namentlich als Vermächtnis gegeben, so bleibt das Testa-

---

[28] I. de exhered. liber. 2, 13 § 7. [29] I. de inoff test. 2, 18 pr.

[30] I. l. c. § 2; z. B. wenn das Testament nichtig war oder durch bonorum possessio contra tabulas anfechtbar.

[31] Arndts § 605 Note k. Vom Tag an, an welchem der eingesetzte Erbe die Erbschaft antrat.

[32] S. Windscheid Pand. § 584. 585.

[33] Und gegen die bei Arndts § 605 bei Note c und e—h angeführten Personen.

[34] S. Arndts § 605, der aber bloß von der Querel übergangener Geschwister (s. unten § 328) spricht.

ment gültig; hat er sie aber rite exheredirt, und ihnen auch nicht einmal den Pflichttheil auf irgend eine Weise zugewendet, so konnten sie das Testament nicht der Form wegen anfechten; denn diese ist gewahrt; sondern nun kam es auf die Frage an, ob ihre Ausschließung vom Pflichttheil gerecht war, und sie konnten nun, wenn sie nachweisen, die Ausschließung nicht verdient zu haben, mit der querela inofficiosi testamenti das Testament anfechten und dadurch ihren Intestaterbtheil bekommen.

Alles Dieses galt auch, wenn einem Notherben der Pflichttheil nur zum Theil zugewendet war. Allein Justinian bestimmte noch vor Nov. 115, es solle für einen solchen Fall die querela inofficiosi testamenti nicht mehr zulässig sein, sondern der Notherbe könne bloß mit einer actio suppletoria Ergänzung seines Pflichttheils verlangen, wenn er sein gutes Betragen nachweisen könne[35].

Das neueste römische und das heutige Recht nach Nov. 115.

§ 327.

(Arndts §§ 598—603.)

In der Novelle 115 cap. 3—5 änderte Justinian das ältere Recht ganz wesentlich. Zwar hat auch nach der Novelle der Erblasser eine doppelte Verbindlichkeit, eine formelle und materielle. Aber Justinian kombinirte Beide, bestimmte die Erstere anders, als das ältere Recht und dehnte sie auf jeden Erblasser, auch auf die weiblichen aus, und vermehrte die Personen, gegen welche sie zu beobachten ist, so daß nicht bloß gegen sui oder emancipati, sondern gegen Descendenten überhaupt und auch gegen Ascendenten formelle Rücksichten zu nehmen sind.

Die Bestimmungen der Novelle gehen nämlich dahin:

I. Will der Erblasser Descendenten oder Ascendenten, welche im konkreten Fall seine nächsten Notherben sind (§ 324), ausschließen oder sie wirksam im Pflichttheil beschränken, so muß er dazu eine gerechte Ursache (Nr. II) nicht nur haben, sondern auch im Testament ausdrücklich anführen[1].

---

[35] S. Arndts § 596.

[1] Nov. 115 cap. 3 im Anf., cap. 4 im Anf.

II. Diese Ursache muß eine von denen sein, welche die Novelle ausdrücklich angiebt und aufzählt (eine „Novellenursache“). Gegen Descendenten sind es 14, gegen Ascendenten sind es 8, sämmtlich tadelnswerthe Handlungen des Notherben, so daß also z. B. von Enterbung eines Willensunfähigen, eines infans oder eines zur Zeit des Todes des Erblassers noch Ungeborenen nicht mehr die Rede sein kann[2].

III. Der verletzte Descendent oder Ascendent hat nicht mehr sein gutes Betragen zu beweisen, sondern der Beweis lastet auf den im Testament eingesetzten Erben, d. h. diese müssen beweisen, daß der Ausgeschlossene sich der im Testament angeführten oder, wenn mehrere angeführt sind, wenigstens einer Novellenursache schuldig gemacht hat[3].

IV. Jeder Testirer männlichen oder weiblichen Geschlechts muß gegen seine Descendenten und Ascendenten, welche zu seinen Notherben gehören[4], so fern sie im konkreten Fall seine nächsten Intestaterben sind, eine gewisse Form beobachten, rite testiren nach neuerem Recht. Dieses muß also auch die Mutter gegen ihre Kinder, der Großvater gegen die Enkel aus der Tochter, die Kinder gegen ihre Eltern beobachten. Die Form besteht darin: der Testirer muß dem Notherben entweder

1) die Ehre erweisen, ihn zum Erben zu ernennen, wenn auch nur auf ganz Unbedeutendes, sei es auch nur auf eine res certa; hat er ihn zum Erben ernannt, aber auf weniger als den Pflichttheil, so kann er diesen ihm in beliebiger Weise auch als Vermächtnis hinterlassen; z. B. der Erblasser, welcher einen Sohn und eine Tochter hat, sagt im Testament: „meine Tochter setze ich zur Erbin ein; sie soll aber meinem Sohn doppelt so viel als sein Pflichttheil beträgt, als Vermächtnis geben“. Hier ist nach Nov. 115 nicht rite testirt, obwohl der Sohn weit mehr bekommt, als seinen Pflichttheil; denn es ist ihm nicht die Ehre erwiesen, ihn zum Erben zu ernennen. Würde aber der Erblasser gesagt haben: „meine Tochter setze ich zur Erbin ein; mein Sohn soll mein Reitpferd erben, und meine Tochter soll ihm noch als Vermächtnis zahlen, was zu seinem Pflichttheil fehlt“,

---

[2] Arndts § 601.

[3] Nov. 115 cap. 3 a. E., cap. 4 § 9. Diese 3 Punkte (I—III) sind unbestritten.

[4] Vgl. oben § 324.

ſo hat er durchaus rite teſtirt; denn er hat den Sohn zum heres ex re certa[5] ernannt.

2) Wenn der Erblaſſer den Notherben *nicht* zum Erben ernennen will, ſo muß er im Teſtament den Grund dafür anführen; er muß eine Novellenurſache haben und dieſe direkt oder indirekt im Teſtament anführen. Gleichgültig iſt es aber, ob er den Notherben ausdrücklich exheredirt oder ob er ihn präterirt. Denn die Novelle ſagt, er könne ihn exheredare oder praeterire; nur müſſe er die Urſache anführen. Wenn daher der Erblaſſer ſo teſtirt: „meine Tochter ſoll meine Erbin ſein und meinem Sohn nur den halben Pflichttheil zahlen, weil er mich durch Thätlichkeiten ſchwer injuriirt hat“: ſo iſt dies eine ganz gültige Präterition, weil eine Novellenurſache dafür angeführt iſt; ebenſo iſt es gültig, wenn der Erblaſſer ſagt: „meine Tochter ſoll meine einzige Erbin ſein, weil ſie allein von meinen Kindern mich nicht gröblich injuriirt hat“; hier ſind die anderen Kinder rite ausgeſchloſſen, wenn die Tochter beweiſen kann, daß die anderen Kinder ſich wirklich gegen den Erblaſſer einer groben Injurie ſchuldig gemacht haben[6].

V. Wird gegen dieſe Vorſchriften der Novelle gefehlt, ſo ſoll nach Juſtinians Beſtimmung ein Theil des Teſtaments und zwar der wichtigſte zuſammenfallen. Es ſollen nämlich die im Teſtament enthaltenen *Erbeseinſetzungen* wegfallen und alſo die Inteſtaterbfolge eintreten, ſo daß der Notherbe und die übrigen etwa mit ihm berufenen Inteſtaterben zur Inteſtaterbſchaft kommen, alſo der Notherbe ſeinen Inteſtaterbtheil erhält; aber der übrige Inhalt des Teſtaments ſoll gültig bleiben, namentlich Vermächtniſſe, Vormund-Ernennungen, Pupillarſubſtitutionen[7]. Nur kann natürlich der Notherbe (der nun mit anderen Inteſtaterben zur Erbſchaft kommt), gegen die *Vermächtnisnehmer* von dem (oben) § 325 Nr. III bemerkten Rechte Gebrauch machen; er kann ihnen ſo viel (von den Vermächtniſſen) abziehen, bis er ſeinen Pflichttheil frei hat, und ſogar außerdem noch die quarta Falcidia.

VI. *Beſtritten* ſind nun hier beſonders folgende Fragen:

1) Muß ein *männlicher* Erblaſſer gegen ſeine sui und eman-

---

[5] S. oben § 290 a. E.
[6] Nov. 115 cap. 3 pr., cap. 4 pr., cap. 5 pr.
[7] Nov. 115 cap. 3 a. E., cap. 4 a. E.

cipati nicht bloß die Form der Novelle 115, sondern auch noch die Form des älteren Rechts[8] beobachten? und tritt, wenn er gegen die letztere Form fehlt, die sog. nullitas iuris veteris, die totale Ungültigkeit des ganzen Testaments, oder die bonorum possessio contra tabulas ein?

Manche bejahen dies[9]. Es ist aber diese Ansicht, die Manche durch Additional- oder Korrektionssystem bezeichnen[10], (nicht erst nach dem heutigen Recht, sondern) schon nach der Novelle 115 unrichtig. Denn Justinian erklärt in derselben: der Erblasser könne seine Descendenten oder Ascendenten exherediren oder präteriren, wenn er nur die Vorschriften der Novelle beobachte; seien aber diese nicht beobachtet, so sollen die (oben) unter V. angeführten Folgen eintreten. Es hat daher der Erblasser lediglich die Formen der Novelle zu beobachten und, wenn er dagegen fehlt, treten bloß die in der Novelle angeführten Folgen ein. Das ältere Recht, das bei suis und emancipatis galt und die nullitas iuris veteris, sowie die bonorum possessio contra tabulas sind daher durch die Novelle ganz beseitigt (sog. Derogations- oder Reformsystem[11]).

2) Besonders viel Streit ist über die Frage, in welcher Weise, wenn gegen die Vorschriften der Novelle (s. oben I—IV) gefehlt ist, nun die unter V angeführten Folgen eintreten[12]. Es werden hierüber besonders folgende Ansichten vertheidigt.

a. Manche behaupten, das Testament sei an sich gültig, nur seien die Erbeseinsetzungen in demselben anfechtbar; der verletzte Notherbe, aber nur er, könne sie mit der querela inofficiosi testamenti rescindiren; es bleibe also diese Querel mit ihren Eigenthümlichkeiten gültig, nur daß sie nicht mehr das ganze Testament, sondern bloß die Erbeseinsetzung umstößt. Dies ist das sog. Inofficiositätssystem, das von vielen Älteren vertheidigt wurde und auch von einigen Neueren angenommen wird[13]. Dagegen spricht ent-

[8] S. oben § 326 Lit. A Nr. I 2 und Nr. II.

[9] Namentlich auch Bangerow Pand. § 484; auch Schmidt Das formelle Recht der Notherben (S. 183 ff.), der aber doch der Ansicht ist, daß es der heutigen Rechtsauffassung gar nicht mehr entspreche.

[10] Arndts § 598 Anm. a. E.

[11] Dafür sind auch die meisten neueren Civilisten, s. besonders auch Arndts § 598, § 602 Anm. 2; Windscheid Pand. § 592.

[12] Vgl. Arndts § 599; Windscheid Pand. § 591.

[13] Z. B. von Windscheid Pand. § 591 a. E.

ſchieden, daß in der Novelle ſich durchaus keine Hindeutung auf Beibehaltung der querela inofficiosi testamenti findet, und daß die Querel gar nicht auf die Beſtimmungen der Novelle paßt; die Querel fand gar nicht wegen eines Formfehlers ſtatt, ſondern bloß wegen liebloſer Ausſchließung vom Pflichttheil; die Folgen der Novelle 115 aber ſollen ja gleichmäßig eintreten, nicht bloß bei einem liebloſen Teſtament, ſondern auch bei einer an ſich gerechten Ausſchließung, wenn ſie nicht formgemäß iſt, z. B. wenn der Erblaſſer den Notherben aus ganz gerechten Gründen ausſchloß, aber ſie anzuführen vergaß; endlich ſollten durch die Querel nicht überhaupt alle Erbeseinſetzungen umgeſtoßen werden, ſondern nur die, gegen welche der Notherbe klagt[14].

b. Andere behaupten, das Teſtament ſei nichtig, aber nur theilweiſe, nur in Beziehung auf die Erbeseinſetzung, nicht in Beziehung auf ſeine übrigen Theile, ſog. nullitas iuris novi. Dies iſt das ſog. Nullitätsſyſtem (ſ. Lit. d).

c. Andere, namentlich Ältere, nahmen an, man müſſe unterſcheiden: wenn gegen die formelle Pflicht gefehlt ſei, alſo der Notherbe nicht zum Erben eingeſetzt und nicht eine Enterbungsurſache angeführt iſt: ſo trete das unter Lit. b Geſagte ein; wenn aber bloß gegen die materielle Pflicht gefehlt ſei, alſo eine Enterbungsurſache angeführt iſt, dieſe aber nicht bewieſen werden könne, alſo der Ausſchluß des Notherben ungerecht iſt, ſo ſei das Teſtament auf die unter Lit. a angeführte Weiſe mit der querela inofficiosi testamenti anzufechten.

Allein dieſe Anſicht, welche man durch gemiſchtes Syſtem bezeichnet, iſt offenbar unrichtig, da die Novelle bei einem gegen ſie gemachten Fehler nicht verſchiedene Rechtsmittel und Folgen je nach der Verſchiedenheit des Fehlers unterſcheidet[15].

d. Vielmehr iſt das unter b angeführte Nullitätsſyſtem das richtige, indem es dem Inhalt der Novelle allein entſpricht[16]. Dies nimmt auch die jetzt herrſchende Anſicht an. Aber hier entſtehen noch folgende Fragen:

---

[14] S. auch Vangerow Pand. § 486 Nr. II; Arndts Geſammelte Schriften Bd. II S. 587; Schmidt a. a. O. S. 173.

[15] Aber dieſe Anſicht ging in manche Partikularrechte über, z. B. in das württembergiſche.

[16] Vgl. namentlich Nov. 115 cap. 4 § 8.

aa. Tritt die angeführte theilweise Nichtigkeit, die nullitas iuris novi, sofort ipso iure, mit der Errichtung des Testaments ein; ist also die Nichtigkeit eine ursprüngliche, somit so, daß das Testament von Anfang an nichtig ist (und bleibt)? Dieses wird von Vielen bejaht[17]. Man nennt dies das System der absoluten oder reinen Nullität. Allein dieses System steht in entschiedenem Widerspruch mit den einzelnen Äußerungen der Novelle[18].

bb. Ist also die Nichtigkeit eine bloß nachfolgende, aber zu ihrem Eintritt nöthig, nicht nur, daß der verletzte Notherbe den Erblasser überlebt, sondern auch eine ausdrückliche Erklärung des Verletzten[19]? Von der Nothwendigkeit einer solchen Erklärung sagt die Nov. 115 kein Wort.

cc. Vielmehr stimmt mit den Worten der Novelle und mit ihren übrigen Bestimmungen wohl die Ansicht am Meisten überein, daß das Testament, in welchem nicht rite testirt ist, zwar an sich gültig ist, also dadurch ein früheres Testament des Erblassers aufgehoben wird; es ferner ganz gültig bleibt, wenn der verletzte Notherbe vor dem Erlasser stirbt, daß aber, wenn der verletzte Notherbe den Erblasser überlebt, dann die Erbeseinsetzungen im Testament ipso iure, also ohne daß eine Erklärung des Verletzten nöthig ist, ganz von selbst zusammenfallen, und es nun zur Intestaterbfolge kommt: nachfolgende Nichtigkeit[20].

3) Hiernach fällt im neuesten römischen Recht und bei uns die querela inofficiosi testamenti bei Ascendenten und Descendenten und die bonorum possessio contra tabulas und die nullitas iuris veteris bei Descendenten ganz weg.

VII. Das geltende Recht geht daher dahin: Wenn der Erblasser diejenigen Descendenten oder Ascendenten, welche zur Zeit seines Todes seine nächsten Notherben (§ 324) sein würden,

1) unbedingt zu Erben eingesetzt, sei es auch auf noch so wenig, auf eine bloße res certa, so ist Alles in Ordnung. Giebt er ihnen dabei nicht den vollen Pflichttheil, so haben sie das Recht, Ergänzung des Pflichttheils zu verlangen, das sie mit einer actio

---

17 Namentlich auch von Bangerow und von Schmidt a. a. O. S. 174 f.

18 S. besonders Arndts Civilistische Schriften Bd. II S. 590 f.

19 Dies ist die Ansicht von Arndts § 599.

20 S. besonders Mühlenbruch in der Fortsetzung zu Glücks Kommentar Bd. 37 S. 256 ff.

suppletoria gegen die eingesetzten Erben (nach § 325) geltend machen können[21]. Giebt er ihnen den Rest des Pflichttheils in Form eines bloßen Vermächtnisses, so gilt dies durchaus, weil man den Pflichttheil in beliebiger Form geben kann. Belastet er den Pflichttheil in irgend einer Weise, so gilt das (oben) § 325 Nr. III Angeführte[22].

2) Setzt der Erblasser sie nicht zu Erben ein (mag er sie ausdrücklich exherediren oder präteriren), so muß er eine begründete Novellenursache ausdrücklich anführen. Führt er sie nicht an oder können die eingesetzten Erben ihre Wahrheit nicht beweisen, oder ist die angeführte Ursache keine Novellenursache, so tritt, wenn zur Zeit des Todes des Erblassers ein verletzter Notherbe noch vorhanden ist, oder ein zu Lebzeiten des Erblassers noch koncipirter Notherbe nach seinem Tode geboren wird, die nullitas iuris novi und damit die Intestaterbfolge (also das unter V. und VI. Lit. d. cc Angeführte) ein. Dieses Recht macht der Notherbe mit einer hereditatis petitio ab intestato geltend.

3) Jedenfalls aber muß der Erblasser seine Descendenten, resp. Ascendenten, wenn er sie nach der Novelle rite zu Erben einsetzen will, unbedingt zu Erben einsetzen oder, wenn er sie bloß bedingt einsetzt, so muß er für den Fall, daß zur Zeit seines Todes die Bedingung noch nicht eingetreten ist, eine begründete Ausschließungsursache anführen. Denn unterläßt er Dieses, so wäre ja der Notherbe für den letztern Fall ohne Anführung einer Ursache präterirt[23].

4) Ist gegen einen den Erblasser überlebenden Notherben einer der unter Nr. 2 angeführten Fehler gemacht worden, aber im Testament ein anderer Notherbe gehörig, d. h. unter Anführung einer begründeten Novellenursache, ausgeschlossen, so kommt diesem die Nichtigkeit der Erbeseinsetzungen nicht zu statten; er nimmt an der Intestaterbfolge nicht Theil[24].

---

[21] Nov. 115 cap. 5 pr.

[22] Will aber der Erblasser den Notherben im Pflichttheil verkürzen, z. B. giebt er ihm bloß einen Theil davon mit der Bestimmung, daß der Notherbe keine Ergänzung soll verlangen dürfen: so muß er ausdrücklich eine begründete Novellenursache anführen, denn ohne diese Anführung ist er weder zur gänzlichen Ausschließung des Notherben, noch zu einer Verkürzung der Rechte desselben befugt. Vgl. auch Windscheid Pand. § 589 bei Note 11.

[23] Vgl. Arndts § 602 in der Mitte.

[24] Zwar leugnen dies Manche, auch Arndts § 600. Allein Justinian sagt in

VIII. Die exheredatio bona mente facta[25]. — Es kann der Fall sein, daß der Erblasser einen Notherben beschränken oder ganz ausschließen will, aber nicht wegen Unwürdigkeit, sondern bona mente, um sein und der Seinigen wahres Interesse zu fördern; z. B. ich habe einen höchst verschwenderischen Sohn oder einen geisteskranken Sohn und testire nun so: meinen Sohn enterbe ich, um aber für seine Angehörigen und unmittelbar für ihn gehörig zu sorgen, setze ich seine Kinder zu meinen Erben ein und diese sollen $^3/_4$ der Revenuen der Erbschaft an meinen Sohn jährlich abgeben. Eine solche Enterbung oder Ausschließung war nach älterem Recht gültig[26]. Es fragt sich nur, ob sie auch nach Nov. 115 noch gültig ist. Mit Recht wird dies von der herrschenden Ansicht bejaht, weil die Novelle gar nicht von diesem Fall, sondern bloß von Ausschließungen wegen Unwürdigkeit handelt[27].

IX. Donationes inofficiosae[28]. — Auch auf Geschäfte unter Lebenden, welche der Erblasser schloß, kann das Dasein eines Notherben einwirken; nämlich auf Schenkungen an Dritte und Ausstattungen, wenn sie eine Lieblosigkeit gegen den Notherben enthalten, inofficiosae sind. Letzteres ist der Fall, wenn der Erblasser durch Schenkungen unter Lebenden oder Ausstattung eines Kindes, sein Vermögen so sehr verringert, daß deßhalb sein Nachlaß nicht mehr so viel beträgt, als der Pflichttheil des Notherben zur Zeit der Schenkung betragen haben würde; z. B. ich habe 12,000 M. im Vermögen und 4 Söhne; der Pflichttheil eines jeden wäre jetzt 1000 M. Nun schenke ich aber einem Dritten 9000 M. und hinterlasse also bloß 3000 M.; hier ist die Schenkung inofficiosa (denn sie erschöpfte mein Vermögen so, daß meine Kinder nicht mehr ihren vollen Pflichttheil haben); hätte ich noch 4000 M. hinterlassen, so wäre die Schenkung nicht inofficiosa gewesen.

Ist nun so die Schenkung inofficiosa, so kann der Notherbe nach des Erblassers Tod gegen den Beschenkten und dessen Universalnachfolger eine persönliche querela inofficiosae donationis

---

Nov. 115 cap. 3 a. E. ausdrücklich, daß nur die Erbeseinsetzungen zusammenfallen sollen, wenn ein Notherbe verletzt ist, daß aber alle übrigen capitula testamenti gültig bleiben sollen, also muß auch eine rite gemachte Ausschließung eines Notherben aufrecht erhalten werden.

[25] Arndts § 603. [26] S. Arndts l. c. die Stellen in der Anm.
[27] S. Arndts Anm. zu § 603. [28] Arndts § 597.

auf Rescission der Schenkung anstellen; aber nicht, wie Viele glauben, auf Umstoßung der ganzen Schenkung, sondern nur auf Umstoßung der Schenkung, so weit sie inofficiosa war, also auf Zurückgabe von so viel, als zur Erlangung seines vollen Pflichttheils nöthig ist[29].

Zweiter Unterabschnitt.

Rechte anderer sogenannter Notherben (welche nicht Descendenten oder Ascendenten des Testirers sind).

§ 328.

(Arndts § 604—607.)

Diese anderen Berechtigten sind:

I. Die Geschwister des Erblassers; aber nur vollbürtige und solche halbbürtige, welche mit einander denselben Vater haben (consanguinei)[1]. Wenn diese im konkreten Fall die nächsten Intestaterben des Erblassers, allein oder mit Anderen (z. B. Geschwisterkindern) sind: so haben sie ein Recht auf den Pflichttheil[2]. Sie haben aber das Recht nur, wenn der Erblasser ihnen im Testament eine persona turpis vorgezogen und er keinen gerechten Grund hatte, sie auszuschließen oder zu übergehen. Ob solche Gründe vorhanden sind, darüber hat der Richter nach seinem Ermessen zu entscheiden[3]. In diesem Falle können sie die querela inofficiosi testamenti gegen die im Testament eingesetzten Erben anstellen und dadurch stoßen sie in der Regel das Testament mit seinem ganzen Inhalt um, so weit personae turpes eingesetzt sind[4]. War ihnen ein Theil des Pflichttheils hinterlassen, so haben sie nur die actio suppletoria[5].

II. Die arme Ehefrau[6]. Nach dem in § 281 Nr. I Ausgeführten hat die unvermögliche Ehefrau des verstorbenen Ehegatten neben allen Verwandten desselben ein Intestaterbrecht an ihn, das in der Regel auf 1/4 des Nachlasses beschränkt ist. Diese Intestat-

---

[29] S. Arndts § 597 und § 602 Anm. 1 a. E.
[1] Arndts § 604. [2] S. oben § 325 Nr. I.
[3] Anführung derselben im Testament ist nicht nöthig.
[4] Nach den bei Arndts § 605 ausgeführten näheren Bestimmungen.
[5] S. Arndts § 605 bei Anm. 4. [6] Arndts § 606.

portion bildet auch ihren Pflichttheil und kann durch keine Verfügung ihres Ehemanns ihr geſchmälert oder entzogen werden[7]. Sein letzter Wille aber wird nicht ungültig, wenn er in demſelben dagegen gefehlt hat. Sie verlangt ihre Portion von dem eingeſetzten Erben[8].

III. Das Recht des impubes arrogatus[9].

---

[7] Nov. 53 cap. 6; Nov. 117 cap. 5. [8] Arndts l. c.

[9] S. Arndts § 607. Windſcheid Pand. § 593. Vgl. auch oben § 251 Nr. III a. E. — Über den von Arndts § 607 Anm. 3 erwähnten parens manumissor ſ. oben § 252 (Nr. VI) Anm. 12. — In §§ 608—610 ſpricht Arndts noch von Succeſſionsfällen, welche bei anderen Lehren (in anderer Verbindung) zu entwickeln ſind:

I. Über das Recht des Fiskus an erbloſem Vermögen (Arndts §§ 608. 609; ſ. oben § 281 Nr. III. — Über Das, was Arndts in § 608 bei Note n bemerkt (Verkauf einer Erbſchaft durch den Fiskus), ſ. oben § 310 Nr. 2.

II. Entreißung einer Erbſchaft wegen Unwürdigkeit (Arndts § 610 erſter Abſatz); darüber ſ. oben § 302 Nr. 5.

III. Konfiskation des Vermögens einer Perſon zur Strafe derſelben (Arndts § 610 zweiter Abſatz). Dieſer Succeſſionsfall gehört gar nicht in das Erbrecht. Übrigens giebt es nach dem jetzigen gemeinen deutſchen Strafrecht Vermögenskonfiskationen gar nicht mehr.

Berichtigungen.

Theil I S. 171 § 34 Überschrift lies: „Die Gattungen der Privatrechte und deren besondere Natur. Übersicht."
„ „ „ 203 Zeile 18 von oben lies: „neugeborenes": statt freigeborenes.
„ „ „ 234 Note * Zeile 3 lies: „Zitelmann" statt: Zittelmann.
„ „ „ 279 „ 17 von unten lies: alveus »derelictus« statt: relictus.
„ „ „ 293 Zeile 22 von oben lies: »pro diviso« statt pro indiviso.
„ „ „ 299 „ 25 von oben lies: »D. de R. V, 6, 1 l. 44.«
„ „ „ 346 „ 2 und 4 von oben lies: »impetratio«.

Verzeichnis

der Beilagen, welche zu der Vorleſung gegeben wurden und hier vorſtehend eingefügt ſind.

(Die römiſchen Ziffern bezeichnen den Theil, die folgenden arabiſchen die Seite.

Beilage.				
I.	ſ.	§ 9.	I,	41.
II.	-	§ 12.	I,	61—62.
III.	-	§ 21.	I,	103—104.
IV.	-	§ 22.	I,	104—108.
V.	-	§ 23.	I,	111.
VI.	-	§ 24.	I,	117—122.
VII.	-	§ 32.	Beil. I. I,	155.
VIII.	-	§ 43.	I,	201 f.
IX.	-	§ 48.	I,	224—225.
X.	-	§ 60.	Beil. I. I,	274.
Xª.	-	§ 60.	- II. I,	279.
XI.	-	§ 59.	I,	257—259.
XIª.	-	§ 61.	Beil. I,	283.
XII.	-	§ 62.	- I,	287.
XIIª.	-	§ 63.	I,	289—291.
XIII.	-	§ 65.	Beil. I. I,	299.
XIIIª.	-	§ 65.	- II. I,	300.
XIV.	-	§ 66.	- I,	305.
XV.	-	§ 67.	- I,	307.
XVª.	-	§ 68.	- I. I,	317.
XVI.	-	§ 68.	- II. I,	318.
XVII.	-	§ 69.	- I. I,	331.
XVIII.	-	§ 69.	- II. I,	332.
XIX.	-	§ 69.	- III. I,	335.
XIXª.	-	§ 96.	- II. I,	498.
XX.	-	§ 75.	- II. I,	377.
XXI.	-	§ 77.	- I,	380.
XXII.	-	§ 78.	- I. I,	389.
XXIIª.	-	§ 78.	- II. I,	391.
XXIII.	-	§ 78.	- III. I,	393.
XXIV.	-	§ 78.	- IV. I,	396.
XXV.	-	§ 75.	- I. I,	366.
XXVI.	-	§ 81.	I,	403—405.
XXVII.	-	§ 82.	I,	406—407.
XXVIII.	-	§ 84.	Beil. I. I,	428.
XXIX.	-	§ 87.	- I. I,	451.

Beilage.				
XXX.	ſ.	§ 87.	Beil. II. I,	457.
XXXI.	-	§ 89.	- II. I,	469.
XXXII.	-	§ 92.	- I,	477.
XXXIIª.	-	§ 101.	- I. I,	521.
XXXIII.	-	§ 101.	- II. I,	523.
XXXIV.	-	§ 102.	- I. I,	533.
XXXV.	-	§ 102.	- II. I,	536.
XXXVI.	-	§ 110.	- I. I,	558.
XXXVIª.	-	§ 96.	- I. I,	492.
XXXVII.	-	§ 84.	- II. I,	432.
XXXVIII.	-	§ 84.	- III. I,	438.
XXXIX.	-	§ 100.	I,	513—514.
XL.	-	§ 120.	II,	19—22.
XLI.	-	§ 121.	Beil. II,	26.
XLII.	-	§ 128.	- II,	85.
XLIII.	-	§ 125.	- II,	63.
XLIV.	-	§ 126.	- II,	68.
XLV.	-	§ 127.	- II,	76.
XLVI.	-	§ 123.	- II,	53.
XLVII.	-	§ 133.	- I. II,	121.
XLVIIª.	-	§ 133.	- II. II,	122.
XLVIII.	-	§ 133.	- III. II,	123.
XLIX.	-	§ 133.	- IV. II,	126.
L.	-	§ 134.	- II. II,	134.
LI.	-	§ 138.	- II,	158.
LII.	-	§ 122.	- II,	49.
LIII.	-	§ 136.	- II,	143.
LIIIª.	-	§ 143.	- I. II,	177.
LIV.	-	§ 143.	- II. II,	180.
LV.	-	§ 148.	- II,	206.
LVI.	-	§ 150.	- II,	218.
LVII.	-	§ 158.	- I. II,	244.
LVIII.	-	§ 158.	- II. II,	249.
LIX.	-	§ 156.	- I. II,	236.
LX.	-	§ 156.	- II. II,	238.
LXI.	-	§ 161.	- II,	258.

Beilage.				
LXII.	ſ.	§ 185.	Beil.	II, 365.
LXIII.	-	§ 186.	-	II, 370.
LXIV.	-	§ 187.	-	II, 380.
LXV.	-	§ 188.	-	II, 384.
LXVI.	-	§ 83.	-	I. I, 415.
LXVII.	-	§ 83.	-	II. I, 419.
LXVIII.	-	§ 195.	-	II, 429.
LXIX.	-	§ 196.	II, 432—436.	
LXX.	-	§ 203.	Beil.	I. II, 455.
LXXI.	-	§ 203.	-	II. II, 457.
LXXII.	-	§ 202.	-	I. II, 450.
LXXIII.	-	§ 204.	-	I. II, 460.
LXXIIIª.	-	§ 204.	-	II. II, 492.
LXXIV.	-	§ 204.	-	III. II, 492.
LXXV.	-	§ 209.	-	I. II, 476.
LXXVI.	-	§ 209.	-	II. II, 477.
LXXVII.	-	§ 200.	-	II, 446–447.
LXXVIII.	-	§ 211.	-	I. II, 483.
LXXIX.	-	§ 211.	-	II. II, 484.
LXXX.	-	§ 213.	-	II, 487.
LXXXI.	-	§ 212.	-	II, 485.
LXXXII.	-	§ 219.	-	I. II, 501.
LXXXIII.	-	§ 219.	-	II. II, 502.
LXXXIV.	-	§ 216.	-	I. II, 493.
LXXXV.	-	§ 216.	-	II. II, 494.
LXXXVI.	-	§ 202.	-	II. II, 453.

Beilage.				
LXXXVII.	ſ.	§ 89.	Beil.	I. I, 466.
LXXXVIII.	-	§ 119.	-	I. II, 13.
LXXXIX.	-	§ 119.	-	II. II, 16.
XC.	-	§ 174.	-	I. II, 297.
XCI.	-	§ 198.	-	II, 440.
XCII.	-	§ 40.	-	I, 194–196.
XCIII.	-	§ 59.	-	I, 260.
XCIV.	-	§ 72.	-	I, 354.
XCV.	-	§ 7.	-	I, 26.
XCVI.	-	§ 48.	-	I, 219–224.
XCVII.	-	§ 49.	-	I, 229–230.
XCVIII.	-	§ 111.	-	II. I, 570.
XCIX.	-	§ 134.	-	I. II, 133.
C.	-	§ 174.	-	II. II, 302.
CI.	-	§ 207.	-	II, 472–474.
CII.	-	§ 219.	-	III. II, 504.
CIII.	-	§ 151.	-	II, 219–226.
CIV.	-	§ 69.	-	IV. I, 340.
CV.	-	§ 32.	-	II. I, 163.
CVI.	-	§ 111.	-	I. I, 563.
CVII.	-	§ 112.	-	I, 573–575.
CVIII.	-	§ 113.	-	I, 575–576.
CIX.	-	§ 114.	-	I, 576–586.
CX.	-	§ 115.	-	I, 586–592.
CXI.	-	§ 116.	-	I. 593–594.

Regiſter

über den allgemeinen und beſonderen Theil.

(Die römiſchen Ziffern bezeichnen den Theil, die folgenden arabiſchen die Seite.)

Abfindung des Miteigenthümers § 121. II, 29.
—— des Pfandgläubigers § 227. II, 527.
Abgeleiteter Beſitz § 122. II, 43.
—— Erwerb § 68. I, 311, 317.
Ableugnen des Klaggrundes § 102. I, 528.
—— bei der rei vindicatio § 143. II, 172.
Abortus § 40. I, 194.
Abrechnung § 195. II, 418.
—— bei der Kollation § 307. II, 775.
Absentia § 51. I, 232.
—— als Reſtitutionsgrund § 114. I, 582.
—— bei der Erſitzung § 138. II, 157.
Abſolute Gewalt § 187. II, 380, 383.
—— Perſonenrechte § 35. I, 173.
—— Rechte § 36. I, 182.
Abſonderungsberechtigte § 182. II, 340.
Abtretung der Forderungen ſ. Ceſſion.
Abweſende, Vertragsabſchluß § 185. II, 357.
Abweſenheit ſ. absentia.
Acceptation § 185. II, 357.
—— s Friſt § 185. II, 359.
Acceptilatio § 177. II, 315; § 195. II, 429.
Accessio als Eigenthumserwerbart § 133. II, 117.
—— possessionis bei Erſitzung § 138. II, 158.
—— — bei dem interdictum utrubi § 128. II, 85.
Acceſſionen § 65. I, 297.
Acceſſoriſche Korrealobligation § 177. II, 310.
Accidentialia negotii § 75. I, 363 f.
Accord § 209. II, 479.
Accreſcenzrecht ſ. Anwachſungsrecht.
Acquisitio hereditatis § 298. II, 747.
Actio § 98. I, 502.
—— ad exhibendum § 221. II, 505.
—— — — bei Sachen auf fremdem Grundſtück § 119. II, 13.
—— — — bei inaedificatio § 133. II, 124.
—— adiectitiae qualitatis § 99. I, 505.
—— ad supplendam legitimam § 325. II, 832; § 326. II, 840.
—— adversus nautas etc. § 200. II, 446.
—— aestimatoria § 206. II, 471.
—— annalis § 104. I, 540.
—— aquae pluviae arcendae § 119. II, 11. § 146. II, 197.
—— arbitraria § 111. I, 563.
—— bonae fidei § 100. I, 514.
—— civilis § 100. I, 507.
—— commodati § 198. II, 440.
—— communi dividundo § 121. II, 28.
—— confessoria § 146. II, 195, 197; § 160. II, 256.
—— contraria § 185. II, 366.
—— de dote § 239. II, 574.
—— de effusis et deiectis § 216. II, 493.
—— de in rem verso § 203. II, 457; § 255. II, 630.
—— de partu agnoscendo § 249. II, 600; § 257. II, 632.
—— de pastu § 216. II, 496.
—— de pauperie § 216. II, 495.
—— de peculio § 254. II, 619.
—— de pecunia constituta § 191. II, 392.

(Die römiſchen Ziffern bezeichnen den Theil, die folgenden arabiſchen die Seite.)

Actio de posito et suspenso § 216. II, 494.
—— de recepto § 200. II, 446.
—— de tigno iuncto § 133. II, 124.
—— depositi § 199. II, 445.
—— de universitate § 269. II, 665.
—— directa § 185. II, 366.
—— — und contraria § 99. I, 504.
—— — und utilis § 100. I, 507.
—— doli § 187. II, 378; § 217. II, 496.
—— dotis § 239. II, 574.
—— duplex § 99. I, 505; § 188. II, 89.
—— emti § 205. II, 465.
—— ex codicillis § 318. II, 811, 812.
—— ex stipulatu (dotis) § 239. II, 574.
—— ex testamento § 318. II, 811, 812.
—— exercitoria § 83. I, 410.
—— extraordinaria § 100. I, 510.
—— familiae herciscundae § 121. II, 29; § 306. II, 779.
—— famosa § 45. I, 211.
—— finium regundorum § 212. II, 485.
—— funeraria § 203. II, 457.
—— furti § 214. II, 488.
—— generalis § 99. I, 506.
—— honoraria § 100. I, 507.
—— hypothecaria § 228. II, 553; § 239. II, 575.
—— in factum § 100. I, 512.
—— in personam § 36. I, 177 Anm. 6, 180, 182.
—— in rem § 36. I, 182.
—— — — scripta § 36. I, 183.
—— institoria und quasi inst. § 83. I, 410.
—— iudicati § 111. I, 570.
—— legis Aquiliae § 96. I, 495; § 215. II, 490.
—— mandati § 202. II, 448.
—— — contraria § 202. II, 450.
—— mixta § 36. I, 184; § 89. I, 465; § 214. II, 489; § 215. II, 491; § 216. II, 494.
—— mutui § 197. II, 437.
—— nata § 68. I, 310.
—— negatoria § 145. II, 190; § 146. II, 195, 197.
—— negotiorum gestorum § 203. II, 455.
—— ordinaria § 100. I, 508.
Actio perpetua § 104. I, 541.
—— personalis § 36. I, 177, 180; § 98. I, 503.
—— pigneratitia in personam § 228. II, 535.
—— — in rem § 228. II, 533.
—— poenalis und rei persecutoria § 89. I, 461.
—— popularis § 89. I, 466.
—— praeiudicialis § 35. I, 174.
—— praescriptis verbis § 100. I, 510 Anm. 8.
—— praetoria § 100. I, 507.
—— pro socio § 211. II, 483.
—— publica § 89. I, 466.
—— Publiciana § 144. II, 186; § 145. II, 192.
—— — bei Servituten § 160. II, 256.
—— quanti minoris § 206. II, 471.
—— quasi institoria § 83. I, 410.
—— quasi Serviana § 228. II, 533.
—— quod iussu § 255. II, 629.
—— quod metus causa § 187. II, 381.
—— redhibitoria § 206. II, 470.
—— rei uxoriae § 239. II, 574.
—— rescissoria § 84. I, 422; § 115. I, 588.
—— restitutoria § 115. I, 587.
—— retinendae und recuperandae possessionis § 128. II, 85.
—— Serviana § 228. II, 533.
—— simplex § 99. I, 504.
—— spolii § 128. II, 94.
—— stricti iuris § 100. I, 514.
—— suppletoria § 326. II, 840; § 327. II, 845.
—— temporalis § 104. I, 540.
—— tributoria § 254. II, 619.
—— tutelae § 264. II, 655.
—— utilis § 100. I, 507.
—— — bei Ceſſion § 193. II, 408.
—— vi bonorum raptorum § 214. II, 489.
—— vindictam spirans § 90. I, 471.
Actionem cedere, mandare, praestare § 193. II, 407.
—— transferre § 193. II, 411.
Aktive Delegation § 193. II, 403.
—— Korrealobligation § 177. II, 307.
Actus § 158. II, 244.
Adcretionsrecht ſ. Anwachſungsrecht.
Addictio in diem § 204. II, 463.
Additionalſyſtem § 327. II, 843.
Ademtio legati § 317. II, 807.

(Die römischen Ziffern bezeichnen den Theil, die folgenden arabischen die Seite.)

Aditio hereditatis § 271. II, 674; § 298. II, 747.
Adiudicatio § 121. II, 29.
Administratio des Vormundes § 264. II, 651.
—— des Vaters § 255. II, 625.
Adoption § 251. II, 603.
—— Verwandtschaft durch dieselbe § 246. II, 590.
—— Einfluß auf Intestaterbfolge § 277. II, 694, 695.
—— unehelicher Kinder § 259. II, 639.
Adoptio plena, minus plena § 251. II, 603, 605.
—— per rescriptum principis § 251. II, 607.
Adoptivverwandtschaft § 246. II, 590; § 248. II, 594; § 249. II, 598; § 251. II, 603.
Adplumbatio § 133. II, 118.
Adquisitio hereditatis § 272. II, 684; § 298. II, 747.
Adquisitiones (dominii) civiles, naturales § 121. II, 24.
Adventitia dos § 234. II, 562.
Adventitium peculium § 255. II, 623.
— — irregulare s. extraordinarium § 255. II, 626.
— — ordinarium s. regulare § 255. II, 625.
Ältern s. § 249. II. 597; s. auch Väterliche Gewalt.
Änderung bestehenden Rechts § 32. I, 153.
Aequitas § 19. I, 90.
Aestimatio dotis (venditionis causa, taxationis causa) § 237. II, 570.
Aestimatorius contractus § 201. II, 447.
Affektionsinteresse § 172. II, 289; § 190. II, 389.
Affinitas § 246. II, 590.
Affirmative Bedingung § 75. I, 365.
—— iura in re § 148. II, 203, 210.
Afterpfand § 224. II, 520.
Aftervermächtniß § 320. II, 817.
Ager vectigalis § 164. II, 267.
Agnaten-Erbfolge § 271. II, 672.
Agnation § 248. II, 592, 595.
Agnitio bonorum possessionis § 271. II, 677, 681.
Aktiengesellschaft § 54. I, 243.
Aleatorische Verträge § 213. II, 487.
Alienatio § 120. II, 17; § 131. II, 107.
—— iudicii mutandi causa § 110. I, 561.
Alienatio von Mündelsachen § 264. II, 653.
—— Wiedereinsetzung gegen dieselbe § 114. I, 580.
Alimentationspflicht § 249. II, 598.
—— des unehelichen Vaters § 257. II, 632.
Alimente § 249. II, 598.
—— vermachte § 195. II, 423.
Alluvio § 133. II, 120.
Alter § 48. I, 214.
—— der Pfandrechte § 229. II, 538.
Alternative Obligation § 169. II, 281.
Altersvormundschaft § 261. II, 641.
Alveus derelictus § 60. I, 279.
A momento ad momentum § 94. I, 482.
Analogie § 25. I, 123.
Anastasiana emancipatio § 252. II, 612.
Anatocismus § 174. II, 297.
Anerbieten des Schuldners, fruchtloses § 192. II, 402.
Anerkennung § 184. II, 353.
—— eines unehelichen Kindes § 257. II, 632.
—— des Testaments § 296. II, 745.
Anfall der Erbschaft § 298. II, 747.
—— des Vermächtnisses § 318. II, 809.
Anfangstermin § 94. I, 481.
Anfechtbarkeit eines Rechts § 69. I, 332.
—— — Rechtsgeschäfts § 84. I, 421.
—— der Schuld des delegatus § 193. II, 404.
—— des Testaments § 296. II, 745.
Animus domini § 122. II, 32.
—— novandi § 191. II, 392.
—— possidendi § 122. II, 32; § 125. II, 61.
Anlöthen § 133. II, 118.
Annahme an Erfüllungsstatt § 181. II, 330.
—— — Kindesstatt s. Adoption.
—— gesetzliche § 101. I, 523.
Annullation der Ehe § 243. II, 585.
Annus continuus, utilis § 95. I, 486.
Anschweißen § 133. II, 118.
Anspruchsverjährung § 104. I, 540.
Anstalten s. Personengemeinheiten; s. auch Stiftungen.
Ante nuptias donatio § 240. II, 576.
Antichresis § 228. II, 534.
Antipherna § 240. II, 576.
Antrag § 357. II, 185.
Antretung der Erbschaft § 304. II, 767.

(Die römischen Ziffern bezeichnen den Theil, die folgenden arabischen die Seite.)

Anwachsungsrecht bei Erbschaften § 301. II, 760.
—— bei Legaten § 319. II, 813.
—— bei Universalvermächtnissen § 321. II, 822.
—— nach Verkauf der Erbsportion § 310. II, 789.
—— Verhältniß zur successio ordinum und graduum § 278. II, 699.
—— — zum Transmissionsrecht § 301. II, 760.
Anwendung des Rechts § 28. I, 139.
Apocha § 195. II, 418.
Apprehension § 125. II, 63.
Aqua profluens § 60 I, 272.
Aquaeductus, aquaehaustus § 157. II, 241; § 158. II, 247; § 161. II, 259.
Aquilische Klage § 96. I, 495; § 215. II, 490.
Arbitrium boni viri § 204. II, 461; § 211. II, 482.
Argliſt s. dolus.
Argumentum e contrario § 26. I, 132.
Arme Wittwe s. Ehegatten.
Arrha § 188. II, 384.
—— sponsalitia § 232. II, 555.
Arrogatio § 251. II, 606.
—— Einfluß auf Agnation § 248. II, 594.
As hereditatis § 290. II, 720.
Ascendenten- und Descendentenverhältniß § 249. II, 597.
——, deren Intestaterbrecht § 277. II, 695.
—— — Notherbrecht § 324. II, 827.
Assignation § 202. II, 448.
Auctio § 204. II, 462.
Auctor § 68. I, 318.
Auctoritas tutoris § 261. II, 643.
Aufbewahrung s. depositum.
Aufgebot zur Ehe § 232. II, 553.
Aufhebung bestehenden Rechts § 32. I, 153.
—— des Besitzes § 127. II, 72.
—— der Dienstbarkeiten § 162. II, 262.
—— des Eigenthums § 147. II, 199.
—— der Emphyteusis § 164. II, 268.
—— der juristischen Person § 57. II, 252.
—— der Obligation § 195. II, 417.
—— des Pfandrechts § 230. II, 543.
—— der Rechte § 69. I, 323.
—— der Superficies § 165. II, 274.
—— des Testaments § 296. II, 742 f.
—— der väterlichen Gewalt § 252. II, 611.
Aufhören eines Rechts s. Aufhebung; s. auch Erlöschen.
Auflage s. modus.
Aufrechnung § 195. II, 418.
Aufschiebende Bedingung s. Suspensivbedingung.
Aufstreich § 204. II, 492.
Auftragsvertrag § 202. II, 450.
Aufwand s. impensae.
Auslegung der Rechtsquellen § 26. I, 126.
—— des letzten Willens § 282. II, 705.
—— der Rechtsgeschäfte § 81. I, 403.
Auslobung § 185. II, 360.
Ausschlagung der Erbschaft § 298. II, 751.
—— des Vermächtnisses § 318. II, 809.
Ausschließung des Notherben s. Enterbung.
Außereheliche Geschlechtsgemeinschaft s. Geschlechtsgemeinschaft.
—— Verwandtschaft s. Verwandtschaft.
Außerordentliche Intestat-Erbfolge § 281. II, 702.
Ausstattung § 234. II, 562.
Ausübung der Dienstbarkeiten § 161. II, 257.
—— der Rechte § 33. I, 169.
Ausspielgeschäft § 213. II, 486 Anm. 1.
Auswerfen § 147. II, 200.
Authenticae § 9. I, 43.
—— Fridericianae § 11. I, 60.
Authentische Auslegung § 26. I, 135.
Autonomie § 23. I, 114.
Avulsio § 133. II, 120.

Bäche, Eigenthum an denselben § 119. II, 12.
Bäume, auf fremdem Grundstück s. implantatio.
—— nachbarrechtliche Beschränkung § 119. II, 13.
Basiliken § 10. I, 51.
Bauen s. inaedificatio.
Bauerlehen § 164 II, 268.
Baumaterial s. tignum.
Bedingung § 75. I, 364.
—— aufschiebende, auflösende § 78. I, 382.
—— raptatorische § 287. II, 716.
—— eigentliche, uneigentliche § 75. I, 365.
—— erfüllte § 78. I, 384.
—— nothwendige § 75. I, 368.

(Die römischen Ziffern bezeichnen den Theil, die folgenden arabischen die Seite.)

Bedingung perplexe § 75. I, 373.
—— positive, negative § 75. I, 365.
—— schwebende § 78. I, 383.
—— si voluerim § 75. I, 377.
—— unmögliche § 75. I, 370.
—— rückwirkende Kraft § 78. I, 391.
—— bei Realservitut § 157. II, 241.
—— bei Erbeseinsetzung § 291. II, 723; provisorischer Besitz § 309. II, 787.
—— bei Vermächtnissen § 318. II, 809, 812.
Beendigung der Rechte s. Aufhebung, Erlöschen.
Befreiung des Schuldners § 195. II, 417.
Befristung s. dies.
Beholzungsrecht § 191. II, 261.
Beischlaf s. Geschlechtsgemeinschaft.
Bemächtigung § 134. II, 129.
Benachrichtigung von der Cession § 193. II, 408.
Beneficium abstinendi § 298. II, 752.
—— causae, personae § 38. I, 190.
—— cedendarum actionum § 222. II, 509.
—— — des correus § 177. II, 317.
—— competentiae § 181. II, 334; § 196. II, 434; § 232. II, 556.
—— deliberandi § 304. II, 768.
—— divisionis § 222. II, 510.
—— — bei correi § 177. II, 314.
—— excussionis s. ordinis § 195. II, 431; § 222. II, 510.
—— — personalis § 228. II, 531.
—— — realis § 228. II, 530.
—— ex Auth. Si qua mulier § 222. II, 513.
—— inventarii § 304. II, 768, 769, 770.
—— legis § 18. I, 89.
—— separationis der Erbschaftsgläubiger § 304. II, 772.
Berechnung eines Zeitraums s. Zeitraum.
Berechtigung s. subjektives Recht.
Bereicherung bei Schenkung § 196. II, 433.
Bereicherungsklage § 218. II, 498.
Beruf § 152. I, 233.
Berufung zur Erbschaft § 272. II, 684.
—— — s. auch Intestat-, Testament-, Notherbfolge.
—— — successive § 271. II, 676; § 278. II, 698; § 316. II, 806.
—— zur Vormundschaft § 262. II, 648.
Beschädigung § 215. II, 490.
Bescholtenheit s. Infamie.
Beschränkungen des Eigenthums § 119. II, 5.
Beschwerender Titel s. oneroser.
Besitz § 122. II, 30.
—— bei precarium § 198. II, 442.
—— Begriff § 122. II, 30.
—— juristischer, natürlicher § 122. II, 32; § 123. II, 52.
—— abgeleiteter § 122. II, 42.
—— Gegenstand § 124. II, 58.
—— Erwerb § 125. II, 61.
—— der Emphyteusis § 164. II, 270.
—— des Superficiarrechts § 165. II, 273.
—— in gutem Glauben § 122. II, 33.
—— Rechtsbesitz § 129. II, 101.
—— Schutz § 122. II, 35; § 128. II, 85.
—— — im Nachlaß § 309. II, 786.
—— — der Erbschaftssachen § 303. II, 767.
—— Verlust § 127. II, 72.
Besonderes Recht § 17. I, 84.
Bestätigung § 84. I, 424.
Bestandtheil § 59. I, 261.
Bestellung der dos § 236. II, 564.
—— einer Servitut s. Servitut.
—— eines Superficiarrechts § 165. II, 273.
Betagte Forderung § 181. II, 330.
—— — Kompensation § 195. II, 419 Anm. 13.
Betagtes Recht s. dies.
Betrug § 72. I, 350.
—— bei Erbschaftsantritt § 298. II, 751.
—— bei letzten Willen § 287. II, 713.
—— bei Verträgen § 187. II, 374.
—— als Restitutionsgrund § 114. I, 579.
Bewegliche Sachen s. res mobiles.
Beweis § 101. I, 520.
—— bei actio negatoria § 145. II, 191.
—— — condictio indebiti § 219. II, 499.
—— — culpa § 87. I, 457.
—— — Darlehn § 197. II, 437.
—— — ehelicher Geburt § 249. II, 598.
—— — Erbschaftsklagen § 308. II, 786.
—— beim Tode § 41. I, 198.
—— unehelicher Vaterschaft § 257. II, 633.

(Die römiſchen Ziffern bezeichnen den Theil, die folgenden arabiſchen die Seite.)

Beweis der Unverdenklichkeit § 92. I, 477.
—— durch Cautung § 195. II, 418.
Beweislaſt § 101. I, 520.
Billiges Recht § 19. I, 90.
Blindenteſtament § 285. II, 712; Codicill § 313. II, 803.
Bedeutung § 165. II, 273.
Bona § 59. I, 259.
—— adventitia ſ. peculium.
—— parapherna § 233. II, 561.
Bonae fidei actiones § 100. I, 515.
—— — possessio § 122. II, 33.
—— — — des Beklagten bei rei vindicatio § 143. II, 183.
—— — — bei Erbſchaftsklage § 309. II, 784.
—— — — bei Erſitzung der Servituten § 159. II, 254.
—— — — des Nachlaſſes § 308. II, 784.
Bona fides bei Erſitzung § 138. II, 156.
—— vacantia § 281. II, 703.
Bonitas nominis § 193. II, 413.
Bonorum possessio § 269. II, 666; § 271. II, 674.
—— — contra tabulas § 271. II, 675; § 326. II, 836.
—— — cum re § 271. II, 677.
—— — edictalis § 271. II, 677.
—— — ex edicto Carboniano § 298. II, 750 Anm. 17.
—— — furiosi nomine § 298. II, 749.
—— — intestati § 271. II, 675.
—— — necessaria § 271. II, 679.
—— — secundum tabulas § 271. II, 675.
—— — sine re § 271. II, 677.
—— — unde cognati § 271. II, 676.
—— — unde liberi § 271. II, 675.
—— — unde vir et uxor § 271. II, 676.
—— — utilis § 271. II, 679.
—— — ventris nomine § 249. II, 600.
Brautgeſchenke § 232. II, 556.
Brautkinder § 232. II, 555.
Brautſchatz § 234. II, 562.
Brevi manu traditio § 125. II, 61.
Breviarum Novellarum § 9. I, 42.
—— Alarici § 11. I, 59.
Bürgerliche Verwandtſchaft § 246. II, 590.
Bürgſchaft § 222. II, 506.

Caduca § 299. II, 756.
Canon § 164. II, 268.
Canoniſches ſ. Kanoniſches.
Capere non posse ſ. Inkapacität.
Capio mortis causa § 269. II, 665.
Capita, Theilung in § 277. II, 694.
Capitis deminutio § 43. I, 201.
—— — als Reſtitutionsgrund § 114. I, 485.
—— — Wirkung auf die Agnaten § 248. II, 594.
Captatoriſche Verfügungen § 287. II, 716.
Carbonianum edictum § 296. II, 750. Anm. 17.
Castrense peculium § 254. II, 622; § 255. II, 624.
Casualis conditio § 75. I, 377.
Casus § 58. I, 459.
—— bei Obligationen § 195. II, 424.
—— — alternativen Obligationen § 169. II, 282.
—— impotentiae, voluntatis § 292. II, 733.
Casus unus § 143. II, 172 Anm. 13.
Catonianiſche Regel § 317. II, 807 Anm. 1.
Caupo § 200. II, 446.
Causa des Rechtserwerbs § 117. II, 1.
—— cadere § 111. I, 571.
—— civilis § 184. II, 343.
—— debendi § 184. II, 353.
—— falsa § 287. II, 713.
—— lucrativa, onerosa ſ. Unentgeldl., entgeldl.
—— perpetua et naturalis § 157. II, 241.
Causae lucrativae, concursus duarum § 195. II, 428.
—— possessionis § 122. II, 44.
Cautio damni infecti § 119. II, 13.
—— iuratoria § 97. I, 502.
—— Muciana § 291. II, 724.
Certum pretium § 204. II, 461.
Cessio diei ſ. dies cessit.
—— necessaria, voluntaria § 193. II, 412.
Ceſſion § 193. II, 405.
—— nach einander an Verſchiedene § 202. II, 408.
—— bei der Anweiſung § 202. II, 449.
Chirographargläubiger § 176. II, 305; § 182. II, 339; § 229. II, 536.
Chirographum § 197. II, 438.
Citirarten der Rechtsbücher Juſtinians § 9. I, 46.

(Die römischen Ziffern bezeichnen den Theil, die folgenden arabischen die Seite.)

Eilfergesetz § 8. I, 37.
Civilehe § 232. II, 553.
Civilerbe § 269. II, 666.
Civilerbfolge d. ält. röm. Rechts § 271. II, 671.
Civilis cognatio § 248. II, 595.
—— computatio § 94. I, 483.
—— obligatio § 180. II, 323.
—— possessio § 123. II, 52.
Civitas § 43. I, 204.
Claudicans negotium § 84. I, 424.
Clausula derogatoria § 296. II, 742.
—— generalis § 114. I, 584.
—— rebus sic stantibus § 84. I, 439.
Coactus voluit § 187. II, 380.
Codex Gregorianus u. Hermogenianus § 8. I, 38.
—— Theodosianus § 8. I, 38.
—— repetitae praelectionis § 9. I, 40.
—— Citirart § 9. I, 48.
—— Verhältniß zu den übrigen Rechtsbüchern § 24. I, 117.
—— vetus Iustiniani § 9. I, 39.
Codicill § 282. II, 704.
—— bestätigtes § 313. II, 802.
—— Intestat- § 313. II, 802.
Codicillarklausel § 314. II, 803.
Codicilli § 289. II, 717; § 311. II, 793.
—— confirmati, testamentarii, ab intestato § 313. II. 802.
Cognatio § 246. II, 589; § 248. II, 952.
—— legitima § 248. II, 595.
—— naturalis, civilis § 246. II, 590, 595; § 248. II, 595.
Coheredes s. Miterben.
Collateralen § 246. II, 590.
Collation § 307. II, 775.
Collegatarii § 312. II, 799.
—— Anwachsungsrecht § 319. II, 814.
Collegia illicita § 54. I, 245.
Colliſion s. Kolliſion.
Commixtio § 133. I, 177.
Commodatum § 198. II, 439.
Commodum rei bei Veräußerungsverträgen § 195. II, 427.
—— temporis s. repraesentationis § 181. II. 331.
Communio § 212. II, 485.
Commorientes s. Priorität des Todes.
Communio pro indiviso § 64. I, 293; § 269. II, 663.
—— incidens § 121. II, 25.
—— der Miterben § 269. II, 663; § 305. II, 773.
Compensatio voluntaria § 195. II, 418.
Compensatio necessaria § 195. II, 419.
Compossessio § 124. II, 59.
Computatio collectiva § 325. II, 830.
—— distributiva § 325. II, 830.
—— temporis § 94. I, 482.
Conception, Erforderniß der Erbfähigkeit § 274. II, 689.
Concubinat § 258. II, 635.
Concursus actionum s. Klagen-Konkurrenz.
—— creditorum § 182. II, 339.
—— duarum causarum lucrativarum § 195. II, 428.
Condemnatio des Klägers § 99. I, 505.
—— s. auch Urtheil.
Condictio § 36. I, 177.
—— ex lege § 100. I, 507.
—— ex lege 35 Cod. de donat. § 196. II, 434.
—— ex mutuo § 197. II, 437.
—— furtiva § 214. II, 489.
—— — bei inaedificatio § 133. II, 125.
—— indebiti § 180. II, 326; § 193. II, 404, 410; § 219. II, 498.
—— ob causam datorum § 220. II, 505.
—— sine causa § 218. II, 497; § 241. II, 578.
Conditio s. Bedingung.
Condominium § 121. II, 25; § 305. II, 773.
Conductio § 209. II, 476.
Confessoria actio § 160. II, 256.
—— Publiciana actio § 160. II, 256.
Confirmatio Romana (des Vormundes) § 262. II, 648.
—— Germanica § 262. II, 650.
Confusio § 96. I, 488.
—— bei einem correus § 177. II, 316.
—— durch Erbschaft § 303. II, 766; § 304. II, 769.
—— rerum § 133. II, 122.
Coniuncti § 290. II, 718, 721; § 301. II, 761.
—— bei Vermächtnissen § 312. II, 799; § 319. II, 814.
Coniux binubus § 244. II, 586.
Consanguinei § 246. II, 589 Anm. 1.
—— s. auch Geschwister.
Consensualkontrakt s. Konsensualkontr.
Consensus contrarius § 195. II, 430.
—— curatoris § 261. II, 645.
—— expressus § 74. I, 362.
—— maritalis § 232. II, 552.

(Die römiſchen Ziffern bezeichnen den Theil, die folgenden arabiſchen die Seite.)

Consensus praesumtus § 74. I, 362.
—— ſ. auch Genehmigung.
Consilium (Rath) § 202. II, 450.
Consolidatio § 148. II, 205.
Constitutiones principum § 8. I, 33.
Constitutum debiti § 191. II, 393; § 222. II, 507.
—— — alieni § 222. II, 511.
—— possessorium § 126. II, 70; § 231. II, 546.
—— promissorium § 191. II, 394.
Constupratores § 257. II, 633.
Consuetudo ſ. Gewohnheitsrecht.
Conſumtion, proceſſualiſche § 111. I, 566.
Continuum tempus § 95. I, 486.
Contra tabulas bonor. poss. § 271. II, 675.
Contractus § 184. II, 344, 345.
—— aestimatorius § 201. II, 447.
—— emphyteuticarius § 164. I, 270.
—— imaginarius § 185. II, 356.
—— pigneratitius § 209. II, 477.
—— socidae § 209. II, 477.
Contrados § 240. II, 576.
Contrarius consensus § 195. II, 429.
Contutor § 264. II, 655.
Convaleſcenz § 84. I, 426.
—— der Schenkung des Ehegatten § 241. II, 580.
Conventio bilateralis, duplex, reciproca, simplex, unilateralis § 185. II, 365.
Conventionalſtrafe ſ. Konventionalſtr.
Converſion § 84. I, 427.
Corporation ſ. Korporation.
Correal. ſ. Korreal.
Corpus et animus (bei Beſitz) § 122. II, 31.
—— bei Beſitzerwerb § 125. II, 62.
—— iuris civilis § 11. I, 59.
—— — canonici § 12. I, 60.
Correctionsſyſtem § 327. II, 843.
Correi promittendi § 177. II, 308.
Correſpectives Teſtament § 295. II, 741.
Credit ſ. Kredit.
Creditores chirographarii § 176. II, 305; § 182. II, 339.
—— privilegiati § 182. II, 339.
—— pigneratitii privilegiati § 229. II, 538.
Cridarius § 182. II, 339.
Culpa § 86. I, 442.
—— in contrahendo § 185. II, 364 Anm. 51; § 186. II, 374.
—— lata, levis § 87. I, 445.
Culpa levis in concreto § 87. I, 448.
—— des Vormundes § 264. II, 651.
Cum beneficio inventarii ſ. beneficium.
Cura § 260. II, 640; § 261. II, 642.
—— dativa § 262. II, 649.
—— debilium § 267. II, 658.
—— furiosi § 266. II, 656.
—— hereditatis iacentis § 270. II, 670.
—— minorum § 261. II, 642.
—— prodigi § 261. II, 642; § 266. II, 656.
Curator § 261. II, 643.
—— dativus § 266. II, 657.
Custodia § 86. I, 443.

Damnosa hereditas § 268. II, 660 Anm. 3.
Damnum § 172. II, 287.
—— circa rem, ex re § 172. II, 290.
—— emergens § 172. II, 289.
—— iniuria datum § 215. II, 490.
Dare § 167. II, 276, 278.
Darlehn § 197. II, 436.
Datio dotis § 236. II, 565.
—— in adoptionem § 251. II, 604.
—— in solutum § 181. II, 330.
—— — — bei Anweiſung § 202. II, 449.
Decretum § 98. I, 502 Anm. 1.
—— de alienando § 264. II, 563.
—— divi Marci § 98. I, 502.
Deficit conditio § 78. I, 384.
Dejection § 125. II, 65.
Dekurionat § 259. II, 638.
Delat § 297. II, 746.
Delation der Erbſchaft § 272. II, 684.
—— der Inteſtaterbfolge § 275. II, 691.
—— der Teſtamentserbſchaft, Zeitpunkt § 297. II, 746.
—— des Vermächtniſſes § 318. II, 808.
—— der Vormundſchaft § 262. II, 648.
Delationsgründe § 273. II, 685.
Delegation § 193. II, 402.
—— paſſive § 194. II, 415.
Deliberationsfriſt ſ. ius deliberandi.
Delikt § 85. I, 440.
—— einer universitas § 55. II, 250.
—— Mehrerer, ſolidariſche Obligation § 178. II, 318.
—— — — — auf Privatſtrafe § 178. II, 320.
—— Obligation aus Delikten § 214. II, 488.
—— zwiſchen Ehegatten § 242. II, 582.

(Die römischen Ziffern bezeichnen den Theil, die folgenden arabischen die Seite.)

Demens § 49. I, 229.
Deminutio capitis s. Capitis.
Denunciatio bei Cession § 193. II, 408.
—— bei Verpfändung einer Forderung § 224. II, 519.
Depositio iudicialis § 192. II, 401.
Depositum § 199. II, 444.
—— irregulare § 199. II, 445.
Dereliction § 69. I, 336; § 147. II, 200.
Derivativer Erwerb § 68. I, 317.
Derogationssystem § 327. II, 843.
Descendenten § 249. II, 597.
—— deren Intestaterbfolge § 277. II, 693.
—— Notherbrecht § 324. II, 827.
Detention § 122. II, 39.
Deterioration, kasuelle § 195. II, 426.
Deutsche Quellen des Pandektenrechts § 13. I, 63.
Dictio dotis s. promissio.
Diebstahl § 214. II, 488.
Dienstbarkeiten § 149. II, 214.
—— affirmative, negative § 148. II, 203; § 152. II, 227.
—— Felddienstbarkeiten § 158. II, 242, 245.
—— Gebäudedienstbarkeiten § 158. II, 242, 245.
—— Grunddienstbarkeiten § 150. II, 216.
—— persönliche § 153. II, 227.
—— unregelmäßige § 154. II, 229; § 158. II, 243.
—— Begründung § 159. II, 252.
—— Aufhebung § 162. II, 262.
Dienstbarkeitsanspruch § 149. II, 214.
Dienstbarkeitsklage § 160. II, 255; § 161. II, 257.
Dienstmiethe § 209. II, 477.
Dienstvergütung ohne Zusage § 209. II, 478.
Dies § 79. I, 397.
—— certus, incertus § 79. I, 398; § 291. II, 727.
—— bei Bestellung einer Realservitut § 157. II, 241.
—— bei Erbeseinsetzung § 291. II, 727.
—— bei Obligationen § 192. II, 397.
—— bei Vermächtnissen § 318. II, 809, 812.
—— cessit und venit § 68. I, 310.
—— — — — bei Vermächtnissen § 318. II, 808.
—— interpellat pro homine § 192. II, 397.
Digesta, Entstehung, Inhalt § 9. I, 39.
—— Citirart § 9. I, 47.
—— Verhältnis zu den übrigen Quellen § 24. I, 117.
Diligens paterfamilias § 87. I, 446.
Diligentia § 86. I, 443.
—— quam suis § 87. I, 448
Dilucida intervalla § 266. II, 658.
Dingliches Recht § 36. I, 176, 178.
Dingliche Rechte überhaupt § 117. II, 1.
—— — an fremder Sache § 148. II, 201.
—— Servituten § 150. II, 216.
Disiunctim scripti § 301. II, 762; s. auch coniuncti.
—— bei Vermächtnissen § 319. II, 815.
Dispensationen in Ehesachen § 232. II, 554.
Dispositionsbefugnis § 84. I, 425.
Dispositives Recht § 20. I, 94.
Dissensus mutuus § 195. II, 430.
Dissimulatum negotium § 185. II, 356.
Distractio pignoris § 228. II, 528.
Divisio in capita § 277. II, 694, 696.
—— in lineas § 277. II, 696.
—— in stirpes § 277. II, 696.
—— parentum inter liberos § 285. II, 711 Anm. 7.
Dolo desiit possidere § 143. II, 173, 180.
Dolus § 72. I, 353; § 86. I, 443; § 87. I, 457.
—— als Restitutionsgrund § 114. I, 579.
—— bei Verträgen § 187. II, 374.
—— causam dans, incidens § 187. II, 376.
Domicil § 51. I, 232.
Dominii impetratio § 228. II, 530.
—— — des Pfandgläubigers § 132. II, 115.
Dominium § 36. I, 183; § 118. II, 2.
—— bonitarium § 121. II, 24.
—— civile § 121. II, 24; § 237. II, 566.
—— — dotis § 237. II, 566.
—— directum § 121. II, 23.
—— dormiens dotis § 237. II, 566.
—— naturale § 121. II, 24; § 237. II, 566.
—— — dotis § 237. II, 566.
—— revocabile § 68. I, 321.
—— utile § 121. II, 23.
—— die väterliche Gewalt? § 253. II, 613.
Dominus negotii § 202. II, 454.
—— utilis § 163. II, 265.

(Die römischen Ziffern bezeichnen den Theil, die folgenden arabischen die Seite.)

Donatio § 196. II, 432.
—— ante nuptias § 240. II, 576.
—— inter virum et uxorem § 241. II, 578.
—— inofficiosa § 327. II, 847; § 196. II, 434.
—— mortis causa § 269. II, 668; § 322. II, 823.
—— propter nuptias § 240. II, 576.
—— remuneratoria § 196. II, 436.
—— sub modo § 80. I, 402.
Dos Begriff § 233. II, 560.
—— Natur und Arten § 234. II, 561.
—— Bestellung § 236. II, 564.
—— Eigenthum derselben § 237. II, 566.
—— nach Auflösung der Ehe § 239. II, 573.
—— Pfandrecht § 229. II, 539.
—— adventitia § 234. II, 562.
—— aestimata § 237. II, 570.
—— legata § 236. II, 565.
—— necessaria § 235. II, 563.
—— profectitia § 234. II, 562.
—— receptitia § 234. II, 562.
—— voluntaria § 235. II, 563.
Dotalforderungen § 237. II, 571.
Dotalfrüchte § 237. II, 569.
Dotalgrundstücke § 237. II, 568.
Dotaljahr § 237. II, 569.
Dotalklage § 239. II, 574.
Dotalrecht § 232. II, 549; § 233. II, 559.
Dotalversprechen § 236. II, 565.
Dotalverträge § 236. II, 565; § 239. II, 574.
Dotationspflicht § 235. II, 563.
Dotis collatio § 307. II, 776.
—— datio § 236. II, 565.
Dransatz § 240. II, 577.
Draufgabe § 188. II, 384.
Drohung § 186. II, 379, 380.
—— s. auch Zwang.
Duae causae lucrativae § 195. II, 428.
Duc aut dota § 256. II, 631 Anm. 2.
Duo rei credendi, promittendi, stipulandi § 177. II, 308.
Duplex actio § 97. I, 505; § 188. II, 89.
—— substitutio § 293. II, 737.
Duplik § 102. I, 537.
Duplum als Grenze des Schadenersatzes § 172. II, 291.

Edicta magistratuum als Rechtsquelle § 8. I, 35.
Edictalis bonorum possessio § 271. II, 627.
Edictum Carbonianum § 298. II, 750.
—— per alium commissum § 326. II, 837 Anm. 22.
Edition § 221. II, 506.
—— der Testamentsurkunde § 297. II, 746.
Ehe, Begriff § 232. II, 548.
—— Eingehung u. Endigung § 232. II, 550.
—— persönliches Verhältnis § 232. II, 556.
—— putative § 232. II, 558; § 243. II, 585; § 276. II, 692.
—— Vermögensverhältnis § 233. II, 559.
—— zweite § 244. II, 586.
—— —— innerhalb des Trauerjahrs § 245. II, 587.
—— zur linken Hand § 232. II, 550 Anm. 9.
Ehebruch § 232. II, 557.
Ehefrau, Rechte in Betreff der dos § 238. II, 572.
—— Notherbrecht § 328. II, 848.
Ehegatten, personenrechtliche Stellung § 232. II, 556.
—— Intestaterbfolge § 280. II, 701.
—— —— außerordentliche § 281. II, 702.
—— Schenkungen unter denselben § 241. II, 578.
Ehehindernisse § 232. II, 553.
Ehekonsens § 232. II, 552.
Ehelasten § 232. II, 556.
Eheliche Geburt § 249. II, 598.
—— Pflicht § 232. II, 557.
Eheliches Güterrecht § 233. II, 559.
Ehemündigkeit § 253. II, 615.
Eherecht § 232. II, 548.
Ehescheidung § 232. II, 554; § 240. II, 577; § 243. II, 583, 584.
—— dos § 240. II, 577.
Eheschließung § 232. II, 552.
Eheverträge § 233. II, 560; § 241. II, 578.
Ehre, bürgerliche § 45. I, 209.
Ehrenwort § 188. II, 385.
Eid als Bestärkungsmittel § 97. I, 502; § 188. II, 384; § 222. II, 513.
—— der Erbschaftsgläubiger § 304. II, 771.
—— s. auch iuramentum.
Eigenmacht § 128. II, 81, 91; § 146. II, 196, 198.
Eigenschaften der Sache, Irrthum hierüber bei Verträgen § 186. II, 371.

(Die römischen Ziffern bezeichnen den Theil, die folgenden arabischen die Seite.)

Eigenthum, Begriff u. Inhalt §118. II,2.
—— Erwerbung § 130. II, 105.
—— geistiges § 36. I, 178; § 118. II, 4.
—— Klage § 143. II, 170.
—— Verlust § 147. II, 199.
Eigenthumsbeschränkungen § 119. II, 5.
Eigenthumsklage s. rei vindicatio.
Einheimisches und recipirtes Recht § 3. I, 9.
Einheit der Handlung s. Unitas actus.
Einkindschaft § 251. II, 611.
Einmischung in die Erbschaft s. Immiscireu.
Einrechnung in den Pflichttheil § 325. II, 831.
Einrede s. exceptio.
Einreden gegen den Cessionar § 193. II, 409.
Einseitige Rechtsgeschäfte § 73. II, 360.
—— Obligationen § 185. II, 368.
—— Verträge § 185. II, 365.
Einsetzungsfähigkeit § 288. II, 716.
Eintritt der Bedingung § 78. I, 384.
—— in fremde Obligation § 193. II, 402.
Einwerfung s. Collation.
Einwilligung s. consensus.
Einzelnachfolge s. Singularnachfolge.
Eisern Vieh § 209. II, 477.
Eltern § 249. II, 597; s. auch väterliche Gewalt.
Elternrecht § 253. II, 614 Anm. 6.
Elternteſtament § 285. II, 711.
Emancipati, Notherbrecht § 326. II, 836.
Emancipation § 252. II, 612.
—— Einfluß auf die Agnation § 248. II, 594.
Emancipatio tacita sive Germanica § 250. II. 602; § 252. II, 612.
Emancipatorum collatio § 307. II. 775.
Emblemata Triboniani § 9. I, 41.
Emphyteusis § 164. II, 266.
—— Fruchterwerb § 136. II. 140.
Emtio § 204. II, 458.
—— rei speratae § 204, II, 460.
—— spei § 204. II, 459.
Endigung der Rechte s. Erlöschen.
Endtermin § 79. I, 397.
Entäußerungserklärung § 69. I, 336.
Enterbung § 326. II, 833. § 327. II, 840.
Enterbungsgründe § 327. II, 841.
Entgeltlicher Erwerb § 68. I, 311.
Entgeltliches Rechtsgeschäft § 73. I, 361.
Entgeltliche Verträge § 185. II, 363. 366.
Entsagung § 69. I, 336.
Entschlagung der Erbschaft § 298. II, 751; § 302. II, 765.
Entschuldbarkeit des Irrthums § 187. II, 374.
Entwährung s. Eviction.
Entstehung der Rechte § 68. I, 309.
—— der juristischen Personen § 56. I, 251.
Entwendung § 214. II, 488; unter Ehegatten § 242. II, 582.
Epitome Iuliani § 9. I, 41.
—— Novellarum Athanasii § 9. I, 42.
Erbe, Begriff § 268. II, 660; § 269. II, 660, 664.
—— Haftung aus Delikten des Erblassers § 89. I, 466.
Erbeinsetzungsvertrag s. Erbvertrag.
Erbeseinsetzung § 282. II, 705; § 287. II, 714; § 289. II, 717.
Erbfähigkeit § 274. II, 689; § 288. II, 716.
Erbfolge, Begriff § 269. II, 660.
—— außerordentliche § 281. II, 702.
—— gegen letzten Willen § 323. II, 826.
—— gesetzliche § 275. II, 691.
—— testamentarische § 273. II, 685.
Erbittung eines Vormundes § 262. II, 649. § 267. II, 658.
Erblasser § 268. II, 660.
Erbpacht § 164. II, 267.
Erbrecht, Begriff § 268. II, 659.
Erbschaft § 268. II, 660.
—— Anfall § 275. II, 691; § 297. II, 746.
—— Antretung § 298. II, 747.
—— Ausschlagung § 298. II, 751; § 302. II, 765.
—— Erwerb § 298. II, 747.
—— Theilung § 306. II, 773.
Erbschaftskauf § 310. II, 788.
Erbschaftsklage s. hereditatis petitio.
Erbschaftsschuldner § 304. II, 768; § 306. II, 774.
Erbschaftsvermächtniß § 269. II, 667; § 311. II, 794; § 321. II, 819.
Erbsquote § 269. II, 663.
Erbtheile § 290. II, 718.
Erbtheilung § 306. II, 773.
Erbunmündigkeit § 274. II, 690; § 302. II, 765.

(Die römiſchen Ziffern bezeichnen den Theil, die folgenden arabiſchen die Seite.)

Erbvertrag § 273. II, 685; § 296. II, 742.
Erbverzicht § 298. II, 752.
Erfüllung der Bedingung § 77. I, 380.
—— der Obligation § 189. II, 386; § 195. II, 418.
—— der Verträge, Ordnung § 189. II, 386.
Erfüllungsintereſſe § 172. II, 288; § 185. II, 363.
Erfüllungsſtatt, Leiſtung an § 181. II, 330.
Erfüllungsvertrag § 191. II, 393.
Ergänzendes Recht § 20. I, 93.
Ergänzende Beſtimmungen eines Rechtsgeſchäfts § 74. I, 363.
Ergänzung von Lücken des poſitiven Rechts § 25. I, 123.
Erlaß der Dienſtbarkeiten § 162. II, 262.
—— der Emphyteuſis § 164. II, 268.
—— der Obligationen § 195. II, 129.
—— der Superficies § 165. II, 274.
Erlaßvertrag i. e. S. § 195. II, 430.
Erlöſchende Verjährung bei Servituten § 162. II, 263.
Erlöſchung der Obligationen § 195. II, 417.
—— der Korrealobligation § 177. II, 314.
—— der Rechte § 69. I, 323.
—— ſ. auch Verluſt; ſ. auch confusio.
Eröffnung des Teſtaments § 297. II, 746 Anm. 3.
Erpreſſung § 186. II, 379.
Errantis nulla voluntas § 72. I, 353.
Error concomitans § 186. II, 369.
—— de substantia § 186. II, 371.
—— unilateralis § 186. II, 374.
—— ſ. auch Irrthum.
Erſitzung der Dienſtbarkeiten § 159. II, 253.
—— des Eigenthums § 137. II, 149; § 138. II, 153.
—— — — außerordentliche § 139. II, 162.
—— der Freiheit § 162. II, 264.
—— des Superficiarrechts § 165. II, 274.
—— Unterbrechung § 140. II, 163.
—— Beweis und Wirkung § 141. II, 167.
—— ſ. auch Verjährung.
Erwerb der Rechte § 68. I, 309.
—— des Beſitzes § 125. II, 61.
—— — — durch Stellvertreter § 126. II, 67.
Erwerb des Beſitzes an Rechten § 129. II, 101.
—— der Dienſtbarkeiten § 159. II, 252.
—— des Eigenthums § 130. II, 105.
—— des Emphyteutrechts § 164. II, 270.
—— der Erbſchaft § 298. II, 747.
—— der Forderungsrechte § 183. II, 341.
—— des Pfandrechts § 226. II, 525; § 227. II, 526.
—— der Rechte an Sachen § 117. II, 1.
—— der Superficies § 165. II, 273.
—— der Vermächtniſſe § 318. II, 808.
—— des Vaters durch die Kinder § 254. II, 616.
—— mortis causa § 269. II, 660; § 322. II, 823.
Erwerbgrund ſ. causa.
Erwerbtitel ſ. titulus.
Erwerbung der Hauskinder § 254. II, 616.
Erzeugniſſe ſ. Früchte.
Erziehungsgewalt § 249. II, 597; § 253. II, 614.
Erziehungspflicht § 249. II, 597; § 253. II, 615 Anm. 8.
Erzwungenes Geſchäft ſ. Zwang.
Essentialia negotii § 74. I, 362.
—— der Verträge § 185. II, 355.
Eviction § 205. II, 464.
—— bei Ceſſion § 193. II, 412.
—— bei hereditatis petitio § 308. II, 785.
—— bei rei vindicatio § 143. II, 175.
—— von Dotalſachen § 237. II, 572.
Exceptio § 102. I, 528.
—— compensationis § 195. II, 420.
—— congressus cum pluribus § 257. II, 633.
—— dilatoria § 102. I, 530.
—— divisionis § 177. II, 314.
—— doli § 187. II, 377.
—— — bei rei vindicatio § 143. II, 174. 176.
—— (doli) generalis § 102. I, 533.
—— excussionis s. ordinis § 195. II, 431.
—— — beim Pfandrecht § 228. II, 530.
—— indebiti § 219. II, 501.
—— non impleti contractus § 189. II, 387.
—— non numeratae dotis § 239. II, 574 Anm. 9.
—— — — pecuniae § 197. II, 438.

(Die römischen Ziffern bezeichnen den Theil, die folgenden arabischen die Seite.)

Exceptio non rite impleti contractus § 189. II, 387.
—— pacti § 195. II, 429; § 184. II. 344.
—— peremtoria s. perpetua § 102. I, 531, 533.
—— plurium concumbentium § 257. II, 633.
—— plurium consortium § 177. II, 314 Anm. 43.
—— quanti minoris § 189. II, 388.
—— redhibitoria § 189. II, 388.
—— rei in iudicium deductae § 111. I, 566.
—— — iudicatae § 111. I, 570.
—— — — des correus § 177. II, 315.
—— — venditae et traditae § 143. II, 176.
—— retentionis § 143. II, 174.
—— senatusconsulti Macedoniani § 102. I, 533; § 180. II, 325; § 255. II, 628.
—— — Velleiani § 222. II, 512.
—— spolii § 128. II, 95.
—— transactionis § 195. II, 423.
—— vitiosae possessionis § 128. II. 88.
—— Verjährung der exceptio § 109. I, 555.
Excercitor § 83. I, 416.
Excusatio § 262. II, 649.
Exemplaris substitutio § 294. II, 739.
Exheredatio § 326. II, 833.
—— bona mente § 327. II, 847.
Existenz des Vertragsgegenstandes, Irrthum darüber § 186. II, 373.
Ex nunc, ex tunc revocabile § 69. I, 326.
Expromissio § 194. II, 414.
Extraneus adoptans § 251. II. 605.
—— heres § 298. II, 748.

Facere § 167. II, 276, 278.
—— nicht Inhalt des ius in re § 148. II, 203.
Factor § 83. I, 416.
Facultas alternativa § 169. II, 282.
Fähigkeit, zu erben s. Erbfähigkeit.
—— zur Testamentserrichtung § 283. II, 706.
—— zur Vormundschaft § 262. II, 648.
Fahrlässigkeit § 86. I, 444; § 87. I, 445.
Fahrweg § 158. II, 244.
Fakultative Civilehe § 232. II, 553.
Falcidia s. quarta.
Falsus tutor § 265. II, 656.
Familia § 43. I, 205; § 246. II, 591; § 248. II, 595.
Familie § 246. II, 589; § 248. II, 596.
Familienfideicommiß § 316. II, 806.
Familienrath § 247. II, 592.
Familienrecht § 232. II, 548.
Familienverhältniß § 247. II, 591.
Faustpfand § 223. II, 515; § 228. II, 584.
Fehler s. Mängel.
Feindessachen § 134. II, 129.
Felddienstbarkeiten § 158. II, 244.
Feldgrundstück § 158. II, 245.
Feldmesser § 209. II. 479.
Ferruminatio § 133. II, 118, 119.
Ficta possessio § 123. II, 53; § 143. II, 173.
—— traditio § 125. II, 66.
Fiction § 101. I, 523.
Fictus consensus § 74. I, 363.
—— possessor § 143. II, 173.
Fideicommissaria hereditas § 269. II, 667; § 311. II, 794.
Fideicommisse § 311. II, 793.
Fideicommißerbe § 269. II, 668.
Fideicommissum heredi praesenti iniunctum § 313. II, 803.
—— successivum § 316. II, 806.
—— superfuturi § 321. II, 820.
—— universale § 321. II, 819.
Fideiussor § 222. II, 507.
—— indemnitatis § 222. II, 510.
Fiducia § 223. II, 515.
Fides, bona, mala bei Ersitzung des Eigenthums § 138. II, 156.
—— — — bei Ersitzung der Dienstbarkeiten § 159. II, 254.
—— — — bei Fruchterwerb § 136. II, 143.
—— — — bei Klagenverjährung § 105. I, 547.
—— — — Einfluß auf die Verpflichtung des Beklagten § 110. I, 561.
Fiduciar § 321. II, 820; s. auch heres.
Filiusfamilias s. Hauskind.
Finder § 134. II, 132, 135.
Fingirte Kollation § 307. II, 775.
—— Person § 53. I, 234 Anm. 2.
Fingirtes Eigenthum § 144. II, 189.
Fiskus untersteht den Privatrechtsnormen § 30. I, 142; Anspruch auf bona vacantia § 281. II, 703; auf caduca § 299. II, 756; Erbfähigkeit § 274. II, 690; Erbschaft eines indignus § 302. II, 765; Erbschaftsverkauf § 310. II, 788; Pfandrecht § 229. II, 539; dessen Veräußerungen

(Die römiſchen Ziffern bezeichnen den Theil, die folgenden arabiſchen die Seite.)

§ 206. II, 472; Zinsprivilegien § 174. II, 300, 301.
Fiſche § 134. II, 130.
Fließendes Waſſer, Eigenthum § 119. II, 12.
Flüſſe § 119. II, 12.
Flumina publica § 60. I, 272, 279.
Flußbett § 60. I, 279.
Forderung, Begriff § 167. II, 275.
—— Entſtehung § 183. II, 341.
—— Gegenſtand § 167. II, 275; § 169. II, 281.
—— Inhalt § 167. II, 275.
—— Subjekte 176. II, 304.
—— Untergang § 195. II, 417.
—— Veränderung § 191. II, 390.
Forderungsrecht § 36. I, 177; § 166. II, 275.
Form des Codicills § 313. II, 802.
—— des Teſtaments § 284. II, 708; § 285. II, 710; § 286. II, 712.
Formalkontrakt § 184. II, 352.
Formelles Notherbrecht § 326. II, 833.
Formularproceß § 100. I, 508.
Fortdauer der Rechte § 69. I, 323.
Frau § 47. I, 212, 213.
—— Adoption durch ſie § 251. II, 610.
—— Interceſſion § 222. II, 512.
—— Rechtsirrthum § 72. I, 355.
—— Unfähigkeit zur Vormundſchaft § 262. II, 648 Anm. 1.
—— Vormundſchaft über ſie § 260. II, 640.
Freie Ehe § 232. II, 549.
Freiheit ſ. libertas.
Fremde, Anwendung inländ. Rechts § 31. I, 145.
—— Sache, Vermächtniß § 315. II, 805, 811.
Friedloſigkeit § 43. I, 203.
Friſt ſ. Zeitraum.
Fruchterwerb § 136. II, 140.
—— des Nießbrauchers § 154. II, 231.
Fructus § 66. I, 303.
—— consumti § 136. II, 145.
Fructuum perceptio § 136. II, 142, 143.
Früchte § 66. I, 303; § 133. II, 118.
—— auf dem Halm § 136. II, 143; § 204. II, 462.
—— der dos § 237. II, 569.
—— der legirten Sache § 318. II, 810, 812.
—— der im Univerſalvermächtniſſe enthaltenen Sachen § 321. II, 819.
—— Nachbarrecht § 119. II, 16.
Früchte, Haftung bei rei vindicatio § 143. II, 184.
Fuhrleute § 200. II, 446.
Fundata intentio § 11. I, 58.
Fundus dotalis § 237. II, 568.
Fungible Sache § 62. I, 286.
Furiosus § 266. II, 657.
Furtum § 214. II, 488.
Fußweg § 158. II, 244.

Gaſtwirth § 200. II, 446.
Gattungsſache § 62. I, 286.
—— Vermächtniß § 318. II, 811.
Gebäude, nachbarliche Beſchränkungen § 119. II, 15.
Gebäudedienſtbarkeiten § 158. II, 242, 245.
Gebäudegrundſtücke § 158. II, 242, 245.
Gebiet des Rechts, räumliches § 31. I, 143.
—— — — zeitliches § 32. I, 154.
Gebietendes und ergänzendes Recht § 20. II, 93.
Gebrauchsrecht § 156. II, 236.
Gebrechen § 49. I, 228.
Gebrechliche Perſonen ſ. personae debiles.
Geburt § 40. I, 192.
—— eheliche ſ. eheliche Geburt.
Gefahr bei Obligationen § 195. II, 424.
—— bei Tauſch § 208. II, 475.
—— der deponirten Leiſtung § 192. II, 401.
—— der dos § 237. II, 567, 571.
Gegeneinrede ſ. Replik.
Gegengeld, Gegenſteuer § 240. II, 577.
Gegenvermächtniß ſ. contrados.
Geiſteskrankheit § 49. I, 228.
—— Quaſipupillarſubſtitution § 294. II, 738.
—— Vormundſchaft wegen derſelben § 266. II, 656.
Geiſtesſchwache Perſonen ſ. personae debiles.
Geld § 59. I, 260.
—— als vertretbare Sache § 62. I, 288.
—— äußerer, innerer Werth § 171. II, 284.
—— Eigenthumserwerb durch Vermiſchen § 133. II, 122.
—— Kurswerth, Metallwerth, Nennwerth § 171. II, 286.
—— Papiergeld § 171. II, 286.
Geldleiſtung § 171. II, 286.
Geldſchuld § 171. II, 283.

(Die römischen Ziffern bezeichnen den Theil, die folgenden arabischen die Seite.)

Gelübde § 185. II, 360.
Gemälde § 133. II, 118.
Gemeinde, als Korporationen § 53. I, 236.
—— Erbfähigkeit § 274. II, 690.
Gemeines und besonderes Recht § 17. I, 84.
—— und partikuläres Recht § 5. I, 12.
Gemeinsames und gemeines Recht § 5. I, 15.
Gemeinschaftliche Sache s. Miteigenthum.
Gemeinschaftliches Testament § 295. II, 740.
Gemeinschuldner § 182. II, 339.
Gemischtes System (bei Notherbfolge) § 326. II, 844.
Genehmigung § 84. I, 428, 430; § 203. II, 456.
Generalpfand § 224. II, 521.
Generische Obligation § 167. II, 277.
Genossenschaften § 54. I, 244.
Gentilen, Erbfolge § 271. II, 672.
Genus § 62. I, 286.
Gerichtliches Testament § 286. II, 712.
Gerichtsgebrauch § 23. I, 141.
Gesammteigenthum § 121. II, 23.
Gesammtheit s. universitas.
Gesammtnachfolge der Erben § 269. II, 662.
Gesammtschuld s. Korrealobligation.
Geschäftsführung s. negotiorum gestio.
Geschenk s. Schenkung.
Geschlecht § 47. I, 212.
Geschlechtsgemeinschaft, außereheliche § 256. II, 632.
Geschlechtsreife § 48. I, 218; § 261. II, 642.
Geschlechtsvormundschaft § 260. II, 640.
Geschwister, Intestaterbrecht § 277. II, 695
—— Notherbrecht § 328. II, 848.
Gesellschaft § 211. II, 481.
Gesellschaften § 54. I, 239.
Gesetz § 1. I, 1; § 21. I, 97.
Gesetzesanalogie § 25. I, 123.
Gesetzliche Bedingung § 75. I, 364.
—— Erbfolge s. Intestaterbfolge.
—— Pfandrechte § 226. II, 526.
—— Servituten § 119. II, 9.
—— Vormundschaft § 262. II, 649.
Gestio des Vormunds § 261. II, 643.
—— pro herede § 298. II, 748.
Gesundheit § 49. I, 228.
Getheiltes Eigenthum § 121. II, 24.
Getreide auf dem Halm § 136. II, 143; § 204. II, 462.
Gewähr der Mängel s. Mängel; s. auch Eviktion.
Gewässer s. flumina.
Gewagte Geschäfte § 213. II, 487.
Gewahrsam s. Besitz.
Gewalt, väterliche § 250. II, 601.
—— s. auch vis, Zwang.
Gewaltfrei § 250. II, 601 Anm. 1.
Gewinn, entgangener § 172. II, 288.
—— Antheil bei societas § 211. II, 483.
Gewohnheitsrecht § 22. I, 103.
Gezweites Gut § 233. II, 559.
Gläubiger § 176. II, 305; § 182. II, 338.
—— des Erblassers § 304. II, 767.
Glossatoren § 15. I, 67.
Glossirte Novellen § 9. I, 45.
—— Stellen § 12. I, 60.
Glücksverträge § 213. II, 487.
Grade der culpa § 87. I, 445.
Gravatus s. oneratus.
Greisenalter s. senectus.
Grenzscheidungsklage § 212. II, 485.
Großjährigkeit § 48. I, 214; § 261. II, 641.
Grunddienstbarkeiten § 150. II, 216.
Grundlasten s. Reallasten.
Grundstück § 61. I, 282.
Güterrecht der Ehegatten § 233. II, 559.
Gütertrennung, bei Erbschaft s. beneficium separationis.

Habere licere § 204. II, 460.
Habitatio § 153. II, 228; § 156. II, 238.
Halbbürtige Geschwister s. Halbgeschwister.
—— Seitenverwandte § 246. II, 589.
Halbgeschwister § 246. II, 589 Anm. 1; § 277. II, 697.
Halm, Veräußerung der Früchte auf dem § 136. II, 143; § 204. II, 462.
Handlung, juristische § 44. I, 205; § 70. I, 346.
—— unerlaubte § 85. I, 440.
—— als Gegenstand des Forderungsrechts § 36. I, 177.
Handlungsfähigkeit § 44. I, 405.
—— der juristischen Person § 55. I, 248.
Hauptklage und Nebenklage § 99. I, 504.
Hauptobligation § 168. II, 279.

(Die römischen Ziffern bezeichnen den Theil, die folgenden arabischen die Seite.)

Hauptschuld § 38. I, 189; § 173. II, 292.
Hauptsache § 65. I, 296.
Hauskind § 50. I, 231.
—— Besitzerwerb durch dasselbe § 126. II, 70.
—— Erwerbungen desselben § 254. II, 616.
—— Obligationen zwischen ihm und dem Hausvater § 254. II, 620; § 255. II, 628.
—— Verpflichtungsfähigkeit § 254. II, 617; § 255. II, 627.
—— Testamentserrichtung § 283. II, 707.
Hausvater, Verbindlichkeit für Schulden der Hauskinder § 255. II, 628.
—— s. auch väterliche Gewalt.
Heilbare Nichtigkeit s. Nichtigkeit.
Heirathgut § 234. II, 562.
Hereditas, Begriff § 268. II, 660.
—— iacens § 270. II, 669; § 274. II, 689.
Hereditatis aditio § 271. II, 674; § 298. II, 747.
—— petitio § 271. II, 674; § 308. II, 780.
—— — ab intestato des Notherben § 327. II, 846.
—— — fideicommissaria § 308. II, 784; § 321. II, 821.
Heres § 268. II, 660; § 269. II, 661. 664.
—— directus § 269. II, 668.
—— ex asse § 269. II, 661 Anm. 3.
—— ex re certa § 290. II, 720; § 327. II, 841.
—— fiduciarius § 311. II, 794, 797 Anm. 30.
—— indirectus § 269. II, 668.
—— necessarius § 298. II, 752.
—— obliquus § 269. II, 668.
—— primi, secundi gradus § 292. II, 732.
—— voluntarius § 298. II, 747.
Herkommen § 23. I, 115.
Hermaphrodit s. Zwitter.
Herrenlose Sachen § 134. II, 129; § 281. II, 703.
Herrschaftsgebiet der Privatrechtsnormen § 29. I, 141.
Herrschende Sache s. res dominans.
Hinterlegung § 199. II, 444.
Hoffnungskauf § 204. II, 459.
Honorar § 202. II, 452.
Honoratus § 282. II, 705; § 311. II, 797.
Hyperocha § 228. II, 529.
Hypotheca § 223. II, 517.
Hypothekarische Succession § 227. II, 526.
Hypothetische Normen § 20. I, 94.

Iactus navis levandae gratia § 210. II, 480.
Jagdrecht § 134. II, 133.
Jagdregal § 119. II, 8; § 134. II, 133.
Jahr § 93. I, 479.
Jahrgebung s. venia aetatis.
Identität der Person, Irrthum darüber bei Verträgen § 186. II, 371.
—— des Gegenstandes § 186. II, 371.
Ignorantia facti et iuris § 72. I, 354.
Illegitime Kinder § 257. II, 635.
—— Verwandtschaft § 246. II, 591.
Immemorialverjährung § 92. I, 476.
Immisciren § 298. II, 753.
Immission s. Missio.
Impedimenta (matrimonii) dirimentia § 232. II, 554.
Impensae § 67. I, 307.
—— bei communio § 121. II, 27, 28.
—— bei Eviction § 205. II, 466.
—— bei dos § 237. II, 569.
—— bei hereditatis petitio § 308. II, 785.
—— bei negotiorum gestio § 203. II, 455.
—— bei rei vindicatio § 143. II, 174, 175.
—— bei Vormundschaft § 264. II, 651.
Impetratio dominii § 228. II, 530.
Implantatio § 133. II, 118, 126.
Impossibilis conditio § 75. I, 370.
Impossibilium nulla obligatio § 195. II, 425.
Impuberes § 48. I, 215; § 261. II, 642.
—— Vormundschaft § 261. II, 643.
Impuberis arrogatio § 251. II, 608.
Impubes arrogatus § 328. II, 849.
Inaedificatio § 133. II, 118, 119, 124.
Incapacität § 274. II, 690.
In capita (Erbtheilung) § 277. II, 694.
Incerta persona § 287. II, 715.
Incestuose Ehe § 257. II, 634.
Indebitum § 219. II, 498.
Indignität § 274. II, 690; § 302. II, 765.
Infamie § 45. I, 209.
Infantia § 48. I, 216.
Inhibitorium gegen novum opus § 146. II, 195.

(Die römischen Ziffern bezeichnen den Theil, die folgenden arabischen die Seite.)

In integrum restitutio § 112. I, 573; § 298. II, 753.
Iniuria § 215. II, 490.
In lineas (Erbtheilung) § 277. II, 696.
Innehabung s. Besitz.
Innominatkontrakte § 184. II, 347.
Inofficiosität § 326. II, 838.
Inofficiositätssystem § 327. II, 843.
In pendenti § 78. I, 389.
In praesens vel praeteritum collata conditio § 75. I, 366.
Inseln in Flüssen § 60. I, 280.
Insinuation der Klage § 110. I, 556.
—— des Vertrags § 185. II, 362.
—— der Schenkung § 196. II, 435.
In solutum datio § 181. II, 330.
Insolvenz § 182. II, 339.
Institor § 83. I, 416.
Institutionen, Entstehung und Inhalt § 9. I, 40.
—— Citirart § 9. I, 47.
—— Verhältnis zu den neuen Rechtsbüchern § 24. I, 117.
In stirpes (Erbtheilung) § 277. II, 694.
Instrumentum discretum § 184. II, 353.
Inter ceteros exheredare § 326. II, 835.
Intercession § 194. II, 413; § 222. II, 506.
—— der Frauen § 222. II, 512.
Intercessio cumulativa § 194. II, 416.
—— tacita § 194. II, 414.
Interdictsbesitz § 123. II, 52.
Interdictum § 100. I, 513; § 128. II, 82, 84.
—— de aqua § 161. II, 259.
—— de arboribus caedendis § 119. II, 16.
—— de cloacis § 161. II, 259.
—— de fonte § 161. II, 259.
—— de glande legenda § 119. II, 16.
—— de itinere actuque privato § 161. II, 259.
—— de itinere reficiendo § 166. II, 261.
—— de precario § 198. II, 441.
—— de rivis § 161. II, 259.
—— de superficiebus § 165. II, 273.
—— de tabulis exhibendis § 297. II, 746 Anm. 3.
—— de thesauris § 134. II, 133.
—— de vi s. interd. unde vi.
—— — — bei Superficiarrecht § 165. II, 273.
—— duplex § 128. II, 82, 89.
Interdictum quod vi aut clam § 146. II, 197.
—— quorum bonorum § 271. II, 678; § 309. II, 787.
—— populare § 89. I, 466.
—— recuperandae possessionis § 122. II, 35; § 128. II, 82, 85, 91.
—— retinendae possessionis § 122. II, 35; § 128. II, 82, 85.
—— unde vi § 125. II, 65; § 128. II, 82, 91.
—— uti possidetis § 128. II, 82, 85.
—— utrubi § 128. II, 82, 85.
—— des Servitutbesitzers § 161. II, 257.
Interesse § 33. I, 169; § 172. II, 288.
—— negatives § 185. II, 359, 364.
Intermittirende Servituten § 150. II, 218.
Internationale Verhältnisse § 31. I, 143.
Interpellation § 192. II, 396.
Interpretation s. Auslegung.
Interruptio s. Unterbrechung.
Interusurium § 181. II, 331.
Intervention § 194. II, 414.
Inter vivos § 73. I, 361.
Intestabilis § 283. II, 706; § 284. II, 709.
Intestat-Codicill § 313. II, 802.
Intestaterbe § 275. II, 691.
Intestaterbfolge. Delation § 275. II, 691.
Intextura § 133. II, 118.
Inventar des Erben s. beneficium inventarii.
Ipso iure eintretende Erlöschung eines Rechts § 69. I, 331.
—— — — Kompensation § 195. II, 420.
Irrthum, Einfluß auf die Handlung § 72. I, 349.
—— entschuldbarer, unentschuldbarer § 72. I, 350, 354, 357.
—— faktischer, Rechtsirrthum § 72. I, 351.
—— als Restitutionsgrund § 114. I, 581.
—— bei conditio indebiti § 219. II, 499.
—— bei Erbschaftsantritt § 298. II, 751.
—— bei Fruchterwerb des redlichen Besitzers § 136. II, 147.
—— bei letzten Willen § 287. II, 713.
—— bei Verträgen § 186. II, 368, 370.

(Die römiſchen Ziffern bezeichnen den Theil, die folgenden arabiſchen die Seite.)

Irrthum des debitor delegatus § 193. II, 404.
—— des Veräußerers § 131. II, 114.
Iter § 158. II, 244.
Iudex § 100. I, 508.
Iudicia extraordinaria § 100. I, 510.
Iudicium rescindens rescissorium § 115. I, 587.
Iura in re § 117. II, 1; § 148. II, 200.
—— praediorum § 158. II, 242.
—— realia ſ. Realrechte.
Iuramentum in litem § 172. II, 291.
—— promissorium § 188. II, 384.
—— ſ. auch Eid.
Juratoriſche Kaution § 97. I, 502.
Iuris conditio § 75. I, 364.
—— quasi possessio § 129. II, 101.
—— — — bei precarium § 198. II, 442.
—— successor § 269. II, 662.
Juriſtenrecht § 23. I, 113.
Juriſtiſche Berechnung der Zeit § 94. I, 484.
—— Perſonen § 53. I, 234.
—— — Erbfähigkeit § 274. II, 690.
—— — Erbſchaftsantritt § 298. II, 748.
Juriſtiſcher Beſitz § 123. II, 56.
Ius abstinendi § 298. II, 752.
—— adcrescendi ſ. Anwachſungsrecht.
—— aequum § 19. I, 90.
—— altius tollendi ſ. servitus altius tollendi.
—— civile § 7. I, 26; § 8. I, 36.
—— cogens, dispositivum § 20. I, 93.
—— commune § 17. I, 84.
—— deliberandi § 304. II, 768.
—— distrahendi § 228. II, 528.
—— generale § 17. I, 86.
—— gentium und civile § 2. I, 7.
—— honorarium § 8. I, 36.
—— in re § 36. I, 176.
—— — — aliena § 148. II, 200.
—— offerendi § 228. II, 532.
—— poenitendi § 184. II, 349.
—— possessionis § 122. II, 35.
—— possidendi § 122. II, 38.
—— proprium § 17. I, 84.
—— repraesentationis ſ. Repräſentationsrecht.
—— retentionis § 181. II, 336.
—— separationis § 183. II, 341.
—— singulare § 18. I, 88.
—— speciale § 17. I, 85.
Ius tollendi § 68. I, 309.
—— — bei rei vindicatio § 143. II, 175.
—— transmissionis ſ. Transmiſſionsrecht.
Iussus § 255. II, 629.
Iusta causa restitutionis § 114. I, 576.
—— — traditionis § 131. II, 109.
Iustae nuptiae § 232. II, 549.
Iustinianea emancipatio § 252. II, 612.
—— substitutio § 294. II, 739.
—— transmissio § 299. II, 757.
Juſtinians Rechtsbücher § 9. I, 38.
Iustus titulus ſ. Erſitzung.

Kalendertag § 93. I, 478.
Kanon bei Emphyteuſe § 164. II, 268, 270.
Kanoniſches Recht § 12. I, 60; § 14. I, 64.
Kaptatoriſche Bedingung § 287. II, 716.
Kauf § 204. II, 458.
—— einer Erbſchaft § 310. II, 788.
Kellerrecht § 165. II, 273.
Kinder § 48. I, 215, 219; § 249. II, 597.
—— uneheliche § 257. II, 632.
—— ſ. auch Deſcendenten.
Kindesverhältnis § 249. II, 597.
Kirche, als juriſtiſche Perſon § 54. I, 248.
—— Erbfähigkeit § 274. II, 690;
—— Erbrecht § 281. II, 703.
Klagbarkeit der Verträge § 184. II, 343.
Klagen, Natur und Gattungen § 98. I, 502.
—— Eigenſchaften derſelben § 99. I, 504; § 100. I, 506.
—— der Erben § 308. II, 780.
Klagenkonkurrenz § 96. I, 489, 492.
Klagenverjährung § 104. I, 540.
Klaſſenfolge ſ. successio ordinum.
Kodex ſ. Codex.
Kodizill ſ. Codicill.
Kollateralen § 246. II, 589.
Kollation § 307. II, 775.
Kollegatar § 312. II, 799 f.
Kolliſion der Forderungsrechte § 182. II, 338.
—— der Ortsgeſetze § 31. I, 143.
—— der Pfandrechte § 229. II, 535.
—— der Privatrechte § 96. I, 487, 498.
—— ſ. auch Konkurrenz.

(Die römischen Ziffern bezeichnen den Theil, die folgenden arabischen die Seite.)

Kompensation § 195. II, 418.
Kompromiß § 195. II, 421.
Kompulsive Gewalt § 187. II, 380.
Konkludente Handlungen § 74. I, 362.
Konkubinat § 258. II, 635.
Konkurrenz der Klagen § 96. I, 489, 492.
—— der Privatrechte § 96. I, 487.
Konsensualkontrakte § 184. II, 346.
Konstitutiver, translativer Erwerb § 68. I, 318.
Konsumtion, processualische § 111. I, 570.
Konvaleszenz eines Rechtsgeschäfts § 84. I, 426.
—— der Schenkung zwischen Ehegatten § 24. II, 580.
Konventionalstrafe § 175. II, 303.
Konversion eines Rechtsgeschäfts § 84. I, 427.
Kopftheile s. capita.
Korporationen § 53. I, 235; § 274. II, 690; § 298. II, 748.
—— Erbrecht § 281. II, 703.
—— Vermächtnißfähigkeit § 274. II, 690. Anm. 6.
Korrealobligation § 177. II, 307.
Korrektionssystem § 327. II, 843.
Krankheit § 49. I, 228.
Kreditauftrag § 202. II, 453; § 222. II, 512.
Kreditbrief § 202. II, 454.
Kritik der Quellen § 27. I, 136.
Kritische Zeit (in Betr. d. Vaterschaft) § 257. II, 633.
Kurswerth § 171. II, 284.

Ladung § 110. I, 556.
Laesio enormis § 207. II, 472.
Lästiges Rechtsgeschäft § 73. I, 361.
Laudatio auctoris § 143. II, 172.
Lebensfähigkeit § 40. I, 194.
Legata § 269. II, 666; § 311. II, 791.
Legatar, Verhältniß zum Erben § 304. II, 767.
Legatum dotis § 236. II, 565.
—— partitionis § 311. II, 792.
—— rei alienae § 315. II, 805.
—— superficiei § 165. II, 274.
—— s. auch Vermächtniß.
Leges als Rechtsquelle § 8. I, 33.
—— cogentes § 20. I, 96.
—— perfectae § 20. I, 97.
—— restitutae § 9. I, 41.
Legitima tutela § 292. II, 649 Anm. 5.
Legitimae usurae § 174. II, 293.
Legitimation § 259. II, 637.
—— Einfluß auf die ehelichen Kinder des Legitimirten § 248. II, 594 Anm. 13.
Legitimatio per subsequens matrimonium § 259. II, 637.
—— — rescriptum principis § 259. II, 637, 639.
—— — oblationem curiae § 259. II, 638.
—— — testamentum § 259. II, 639.
—— ad causam § 101. I, 518.
—— — — bei confessoria actio § 160. II, 240.
Legitime Verwandtschaft § 246. II, 591.
Legitimus filius § 251. II, 610 Anm. 48.
Leichnam eines Menschen § 60. I, 276.
Leihvertrag § 198. II, 439.
Letzter Wille, Begriff § 282. II, 704.
Lex Aquilia § 215. II, 490.
—— Cincia § 196. II, 435.
—— Falcidia § 311. II, 792; § 320. II, 816.
—— Furia § 320. II, 816.
—— Iulia de fundo dotali § 237. II, 568.
—— Iulia et Papia Poppaea § 274. II, 690 Anm. 8; § 299. II, 756; § 301. II, 760; § 319. II, 813.
—— Rhodia de iactu § 210. II, 480.
—— Scribonia § 159. II, 254.
—— Voconia § 320. II, 816.
Liberatorische Verträge § 195. II, 429.
Liberi § 249. II, 597.
—— naturales § 257. II, 634; § 258. II, 635.
—— Notherbrecht § 326. II, 836.
Libertas § 43. I, 201.
Licitatio § 204. II, 462.
Lichte Zwischenräume § 266. II, 658.
Liegende Erbschaft s. hereditas iacens.
Linea recta § 246. II, 589.
Lineae, Intestaterbfolge § 277. II, 696.
Liti se offerre § 143. II, 173.
Litigiosität s. res litigiosa.
Litis aestimatio § 111. I, 563.
Litis contestatio § 100. I, 509.
Litis denunciatio bei Eviction § 205. II, 467.
Litispendenz § 140. II, 164.
Litteralkontrakt § 184. II, 345.
Litteratur des Pandektenrechts § 15. I, 67; § 16. I, 73.
Locatio conductio § 209. II, 476.
—— irregularis § 209. II, 477.

(Die römischen Ziffern bezeichnen den Theil, die folgenden arabischen die Seite.)

Locatio operis § 209. II, 476.
Locus regit actum § 31. I, 149.
Lohn § 209. II, 478.
Longa manu traditio § 125. II, 67.
Longi temporis praescriptio § 137. II, 149.
Longissimi temporis praescriptio § 139. II, 162.
Loos bei Kollision der Rechte § 96. I, 491.
Lucidum intervallum § 49. I, 229; § 266. II, 658.
Lucrativa negotia § 73. I, 361.
Lucrum cessans § 172. II, 288.
Lücken im Recht § 25. I, 123.
Lukrative Verträge § 185. II, 363.
Lusus virtutis § 213. II, 487.

Mängel der Sache § 206. II, 468.
—— des Rechtsgeschäfts § 84. I, 420.
Mahlschatz § 232. II, 556.
Mahnung § 192. II, 396.
Maiores s. Großjährigkeit.
Majoritätsbeschluß der Korporation § 55. I, 249.
Mala fides § 72. I, 352.
—— — superveniens § 106. I, 550; § 138. II, 156.
Malae fidei possessio § 122. II, 33, 49.
—— — — bei rei vindicatio § 143. II, 180.
—— — possessor des Nachlasses § 308. II, 786.
Malen, als Eigenthumserwerbart § 133. II, 118.
Mancipii causa § 43. I, 203.
Mandat § 202. II, 448.
Mandator § 202. II, 453.
Mandatum ad agendum § 202. II, 453; § 222. II, 512.
—— procuratoris gratia § 202. II, 451.
Manusideles § 287. II, 714 Anm. 7.
Manus § 232. II, 549.
Materfamilias § 250. II, 601 Anm. 1.
Materielle Verträge § 184. II, 354.
Matrimonium iuris gentium § 232. II, 550.
—— legitimum § 232. II, 549.
—— morganaticum § 232. II, 558.
Mehrfache Verwandtschaft, Intestaterbfolge § 277. II, 698.
Meliorationes § 164. II, 267.
Mensor § 209. II, 479.
Mente captus § 49. I, 229.
Metus § 187. II, 380, 381.
—— incidens § 187. II, 382.
Miethe § 209. II, 476.
Miethzins bei Nießbrauch § 154. II, 231.
Militärtestament § 273. II, 688; § 285. II, 711 Anm. 6; § 293. II, 736 Anm. 10 und 17; § 296. II, 743; § 304. II, 768; § 320. II, 817; § 323. II, 827.
Militaria peculia § 255. II, 624.
Minderjährigkeit § 261. II, 642, 646.
—— Begünstigung in Betreff der Zinsen § 174. II, 300.
—— Rechtsirrthum § 72. I, 355.
—— Restitutionsgrund § 114. I, 576.
—— Vormundschaft § 261. II, 642.
Mineralien § 119. II, 7.
Mischung s. commixtio, confusio.
Mißgeburt § 40. I, 194.
Mißheirath § 232. II, 558.
Missio ex primo, ex secundo decreto § 146. II, 193.
—— in bona decretalis § 271. II, 683.
—— — — des Onerirten § 318. II, 813.
—— — — ex Carboniano edicto § 309. II, 787.
—— — — furiosi nomine § 298. II, 749; § 309. II, 787.
Mißverständniß bei Verträgen § 185. II, 357.
—— s. auch Irrthum.
Mitbesitz § 124. II, 58.
Mitbürger § 222. II, 510.
Miteigenthum § 121. II, 22, 26.
Miterbe § 269. II, 663; § 290. II, 718; § 305. II, 772; § 301. II, 761.
Mitgift § 234. II, 562.
Mitgläubiger, Mitschuldner § 177. II, 307, 312.
Mittelbare sui § 298. II, 754 Anm. 50.
Mitvormünder § 264. II, 655.
Mixta actio s. actio mixta.
—— conditio § 75. I, 377.
Mobilien § 61. I, 282.
Modus § 80. I, 401.
—— bei Erbeinsetzung § 291. II, 730.
—— adquirendi derivativus s. abgeleiteter Erwerb.
—— — originarius s. ursprünglicher Erwerb.
Mora § 192. II, 396.
—— creditoris § 192. II, 400.
Moral § 25. I, 123.
Moralische Person s. juristische Person.

(Die römiſchen Ziffern bezeichnen den Theil, die folgenden arabiſchen die Seite.)

Mortis causa § 73. I, 361.
—— — capio § 269. II, 668.
—— — donatio § 269. II, 668; § 322. II, 823.
—— — — unter Ehegatten § 241. II, 582.
Motive § 72. I, 350.
Moventia § 61. I, 282.
Muciana cautio § 291. II, 724.
—— praesumtio § 241. II, 580.
Mündel ſ. Vormundſchaft.
Mündelgut, Veräußerung § 264. II, 653.
Mündigkeit § 261. II, 642.
Mundium § 233. II, 559; § 253. II, 614.
Mutter, uneheliche § 257. II, 632.
Mutuum § 197. II, 436.
Mutuus dissensus § 195. II, 430.
Myſtiſche Perſon ſ. juriſtiſche Perſon.
Myſtiſches Teſtament ſ. testamentum mysticum.

Nachbarrecht § 119. II, 8.
Racherbeinſetzung ſ. Subſtitution.
Nach-juſtinianiſche Rechtsbücher § 10. I, 51.
Nachläſſigkeit ſ. Fahrläſſigkeit.
Nachlaß § 268. II, 658; § 300. II, 759.
Nachlaßvertrag § 195. II, 423, 429, 430.
Nachpfandgläubiger § 228. II, 531.
Nachtheile der zweiten Ehe § 244. II, 586.
—— — — — innerhalb des Trauerjahrs § 245. II, 587.
Nasciturus § 40. I, 192; § 277. II, 694; § 298. II, 750.
Nativität der Klage § 105. I, 542.
Natürliche Kinder § 257. II, 634.
—— Perſonen § 39. I, 40.
—— Verwandtſchaft § 246. II, 590.
Naturalis obligatio § 180. II, 323; § 195. II, 419.
Naturrecht § 2. I, 5; § 25. I, 123.
Naturalia negotii § 74. I, 363.
Naturalis computatio § 94. I, 482.
—— possessio § 123. II, 52.
Nauta § 200. II, 446.
Nauticum foenus § 174. II, 296.
Nebenbeſtimmungen § 74. I, 364.
Nebenobligation § 168. II, 279.
Nebenrechte § 38. I, 189; § 168. II, 279.
Nebenſache § 65. I, 296; § 138. II, 118.
Necessaria bonorum possessio § 271. II, 679.
—— conditio § 75. I, 368.
—— dos § 234. II, 562; § 235. II, 563.
Necessariae impensae § 67. I, 308.
Necessarius heres § 298. II, 752.
Negative Bedingung § 75. I, 365.
Negatives Vertragsintereſſe § 185. II, 359, 364.
Negatoria actio § 145. II, 190.
Negotiorum gestio § 203. II, 454.
—— — des Hauskindes § 255. II, 630.
—— — bei Beſitzerwerb § 126. II, 69.
Negotium claudicans § 84. I, 424.
Nemo pro parte testatus § 273. II, 687.
Rennwerth § 171. II, 284.
Neue Geſetze § 32. I, 153.
Nichtausübung § 104. I, 540.
—— der Servituten § 162. II, 263.
Nichteigenthümer, Eigenthumsübertragung durch denſelben § 131. II, 111.
Nichtiges Teſtament § 296. II, 741.
Nichtigkeit eines Rechtsgeſchäfts § 84. I, 421.
—— relative § 84. I, 425.
—— der Schuld des delegatus § 193. II, 404.
—— des Teſtaments § 296. II, 741.
—— der Veräußerung der legirten Sache durch den Erben § 318. II, 811.
—— ſ. auch nullitas.
Nichtwiſſen ſ. Irrthum.
Niederlegen ſ. Depoſition.
Nießbrauch § 154. II, 229.
—— Theilbarkeit § 151. II, 223.
—— uneigentlicher § 155. II, 234.
Nomen bonum, verum § 193. II, 412.
—— emere, distrahere, transferre, vendere § 193. II, 410.
—— pignori datum § 224. II, 519.
Nominatio auctoris ſ. laudatio.
Nonusus ſ. Nichtausübung.
Nothcivilehe § 232. II, 553.
Notherbfolge § 323. II, 826.
Nothfall, Teſtament in — § 285. II, 712.
Nothwendige Bedingung § 75. I, 368.
—— Veräußerung § 69. I, 335.
Novation § 191. II, 390.
Novatio cumulativa § 191. II, 391.
—— necessaria § 191. II, 393 Anm. 10.

(Die römischen Ziffern bezeichnen den Theil, die folgenden arabischen die Seite.)

Novatio privativa § 191. II, 392.
—— simplex § 191. II, 391.
Novellen Justinians § 9. I, 41, 42, 43.
—— — Citirart § 9. I, 48.
—— — Verhältnis zu den anderen Rechtsbüchern § 24. I, 117.
Novellen 115 u. 118 § 271. II, 681; § 277. II, 693; § 327. II, 840.
Novellenursache § 327. II, 841, 846.
Novi operis nuntiatio § 146. II, 193.
Noxae datio § 216. II, 495.
Nullitätssystem § 327. II, 844.
Nullitas (testamenti) iuris novi § 327. II, 844.
—— — — veteris § 326. II, 835.
—— s. auch Nichtigkeit.
Numeratio dotis § 236. II, 565.
Nuntiatio s. Novi operis.
Nuntius § 83. II, 414.
Nutritor § 251. II, 611.
Nutzungseigenthum § 163. II, 265.
Nutzungsrechte, dingliche § 148. II, 202.

Obereigenthum § 163. II, 265.
Obervormundschaft § 260. II, 641.
Obligatio § 36. I, 177, 180.
—— alternativa § 169. II, 281.
—— civilis § 180. II, 323.
—— disiunctiva § 169. II, 281.
—— generis § 167. II, 277.
—— in solidum § 177. II, 306.
—— naturalis § 180. II, 323.
—— pro rata § 176. II, 305.
Obligation, Natur § 166. II, 275.
—— Gegenstand, Inhalt u. Gattungen § 167. II, 275.
—— Subjekt § 176. II, 304.
—— Wirkungen § 180. II, 322.
—— Kollision § 182. II, 338.
—— Entstehungsgründe § 183. II, 341.
—— Änderung § 191. II, 390.
—— Eintritt in fremde § 193. II, 402.
—— Erlöschung § 195. II, 417.
Obligatorische Civilehe § 232. II, 553.
Obligatorischer Vertrag § 184. II, 343.
Observanz § 23. I, 115.
Occupatio rerum nullius § 134. II, 129.
Oeconomia separata § 250. II, 602.
Öffentliche Sachen § 60. II, 271.
—— — Schutz in dem Gebrauch derselben § 89. II, 466.
Öffentliches Recht § 6. I, 21.
—— Testament § 286. II, 712.
Offeriren s. Anerbieten.
Offerte s. Antrag.
Onera matrimonii § 233. II, 560.
Oneratus § 311. II, 797.
Oneröser Titel § 68. I, 311.
Onerőses Rechtsgeschäft § 73. I, 361.
Onus probandi s. Beweislast.
Operae animalium § 153. II, 228.
—— liberales § 209. II, 478.
Operis novi nuntiatio s. novi.
Oralfideicommiss § 313. II, 803.
Oratio Antonini § 241. II, 580.
Ordines bei der älteren Civilerbfolge § 271. II, 672.
Organische Erzeugnisse § 66. I, 304.
Originärer Erwerb § 133. II, 117.
Ortsgesetze, Kollision § 31. I, 143.
Osculum § 232. II, 556.

Pacht § 209. II, 476.
Pacta adiecta § 184. II, 350.
—— dotalia § 233. II, 560; § 241. II, 578.
Pactum antichreticum § 228. II, 534.
—— commissorium § 228. II, 529.
—— de hereditate tertii § 273. II, 686.
—— de non alienando § 120. II, 19.
—— de non petendo § 195. II, 423, 429.
—— donationis § 196. II, 434.
—— hypothecae § 223. II, 516.
—— legitimum § 184. II, 350.
—— nudum § 184. II, 344.
—— praetorium § 184. II, 350.
—— protimeseos § 204. II, 462.
—— remissorium § 195. II, 429.
—— vestitum § 184. II, 350.
Pandectae s. Digesta.
Pandektenrecht § 6. I, 22.
—— Litteratur § 15. I, 67.
Papiergeld § 171. II, 286.
Parapherna § 233. II, 561.
Parens binubus § 244. II, 586.
—— manumissor § 252. II, 612 Anm. 12; § 262. II, 649 Anm. 5.
Parentes s. Eltern.
Pars pro diviso, pro indiviso § 64. I, 293.
Partikuläres Recht § 5. I, 12.
Partus ancillae § 66. I, 306.
Passive Delegation § 193. II, 403; § 194. II, 415.
—— Korrealobligation § 177. II, 307. 132.
Pater est, quem nuptiae demonstrant § 249. II, 598.

(Die römischen Ziffern bezeichnen den Theil, die folgenden arabischen die Seite.)

Paterfamilias § 250. II, 601 Anm. 1.
Paternitätsklage § 249. II, 598; § 257. II, 632.
Pati § 148. II, 203.
Patria potestas s. väterliche Gewalt.
Patronat § 252. II 612 Anm. 12.
Pauperies § 216. II, 494.
Peculium § 50. I, 231; § 59. I, 268; § 254. II, 617; § 255. II, 622.
—— extraordinarium s. irregulare § 255. II, 624.
Pecunia numerata § 59. I, 259.
Pendens conditio s. Schweben.
Perception der Früchte § 66. I, 305.
Peregrini § 31. I, 144.
Perfection der Verträge § 185. II, 357.
Periculum rei bei Verträgen § 195. II, 424.
Permutatio § 208. II, 474.
Perpetua causa bei Dienstbarkeiten § 157. II, 241.
Perpetuatur obligatio § 192. II, 399.
Perplexe Bedingung § 75. I, 373.
Persönliche Dienstbarkeit § 153. II, 227.
—— Klage § 36. I, 177 Anm. 6.
—— Rechte § 36. I, 177, 179; § 166. II, 275.
Persönlichkeit § 39. I, 191; § 40. I, 192.
—— vermögensrechtliche des Erblassers § 269. II, 664.
Person § 39. I, 191.
—— juristische § 53. I, 234.
Persona coniuncta bei Vermächtnis einer fremden Sache § 315. II, 805.
—— debilis § 267. II, 658.
—— incerta, Erbeinsetzung § 287. II, 715.
Personalis constitutio § 17. I, 86.
Personalservitut § 153. II, 227.
Personeneinheit zwischen Hausvater und Hauskind § 255. II, 630.
Personengemeinheit § 54. I, 239.
—— Vertretung § 55. I, 248.
—— Entstehung § 56. I, 251.
Personenrechte § 35. I, 172.
Personenrechtliche Stellung § 44. I, 208.
Pertinenzen § 65. I, 298, 300.
Petitio hereditatis s. hereditatis petitio.
—— fideicommissi § 321. II, 820.
—— tutoris § 262. II, 649.
Petitorium § 128. II, 80.
Pfand § 223. II, 516.
—— Veräußerung gegen Verabredung § 120. I, 21.
Pfandbesitz § 122. II, 42; § 129. II, 104.
Pfandrecht § 223. II, 514.
—— ist Minderung des Eigenthums § 148. II, 209.
—— Begriff, Natur, Gattungen § 223. II, 514.
—— Erfordernisse § 224. II, 518.
—— Umfang und Theilbarkeit § 225. II, 524.
—— Entstehung § 226. II, 525.
—— Succession, hypothekarische § 227. II, 526.
—— Rechtsverhältnisse § 228. II, 528.
—— gesetzliches § 226. II, 526.
—— richterliches § 226. II, 526.
—— vertragsmäßiges § 226. II, 525.
—— an unkörperlichen Sachen § 224. II, 519.
—— an einer universitas § 224. II, 521.
—— am Vermögen § 224. II, 521.
Pfändung § 216. II, 496.
Pflanzen s. implantatio.
Pflegkindschaft § 251. II, 611.
Pflichttheil § 325. II, 829; § 326. II, 839; § 327. II, 845.
Philosophisches und positives Recht § 2. I, 5.
Pia causa § 58. I, 253; § 285. II, 712.
Pignoris capio § 228. II, 530.
—— vindicatio § 228. II, 533.
Pignus § 223. II, 514.
—— conventionale § 226. II, 525.
—— generale § 224. II, 521.
—— legale s. tacitum § 226. II, 526.
—— nominis § 224. II, 519.
—— pignoris § 224. II, 520.
—— privilegiatum § 229. II, 538.
—— publicum, quasi publicum § 229. II, 541.
—— qualificatum § 229. II, 538.
—— testamentarium § 226. II, 525.
—— voluntarium § 226. II, 525.
Platzrecht § 165. II, 271.
Plumbatura § 133. II, 118.
Poenae nomine relicta § 287. II, 716.
—— secundarum nuptiarum § 244. II, 586.
Poenitere, bei Schenkung zwischen Ehegatten § 241. II, 581.
Pollicitatio § 185. II, 359.
Popularklage § 89. I, 466.
Portio legitima s. Pflichttheil.
Positive iura in re § 148. II, 203.

(Die römischen Ziffern bezeichnen den Theil, die folgenden arabischen die Seite.)

Positives Recht § 2. I, 5.
Positum et suspensum § 216. II, 494.
Possessio § 122. II, 31.
—— civilis § 123. II, 54.
—— iniusta § 123. II, 52.
—— naturalis § 123. II, 54.
—— pro herede § 308. II, 781.
—— — possessore § 308. II, 781.
—— bei Pfandrecht § 223. II, 517.
—— des Superficiarrechts § 165. II, 273.
—— vitiosa § 123. II, 52.
Possessoris partes sustinere § 123. II, 53.
Possessorische Klagen § 128. II, 81.
—— Rechtsmittel bei Servituten § 161. II, 258.
Possessorium § 128. II, 81.
—— summarium § 128. II, 90.
Postglossatoren § 15. I, 68.
Postumi § 277. II, 694; § 287. II, 715; § 298. II, 750; § 236. II, 834.
—— sui, Erbschaftsrechte § 298. II, 750, 753.
—— — Notherbrecht § 326. II, 834.
Post-justinianisches Recht § 11. I, 59.
Potestas patria s. väterliche Gewalt.
Potestativa conditio § 75. I, 377.
Prädialservituten § 157. II, 239.
Praedium dominans, serviens § 149. II, 214.
—— rusticum, urbanum § 158. II, 242, 244.
—— vicinum § 157. II, 241.
Präjudicialklage § 35. I, 174.
Prälegat § 290. II, 721; § 312. II, 799.
Praemium emancipationis § 255. II, 630 Anm. 47.
Praescriptio § 92. I, 474.
—— acquisitiva, extinctiva § 92. I, 474.
—— definita, indefinita § 92. I, 475.
—— dormiens § 106. I, 550.
—— immemorialis § 92. I, 476.
—— longi temporis § 137. II, 149.
Praestare § 167. II, 278.
Prästation der culpa § 87. I, 449.
Praesumtio § 101. I, 521.
—— Muciana § 241. II, 580.
Präsumtion § 101. I, 521.
—— der Vaterschaft § 257. II, 633.
—— der ehelichen Geburt § 249. II, 598.
Präterition § 326. II, 834.
Prätorische Erbfolge § 271. II, 674.
Prätorischer Erbe § 269. II, 666.
Prätorisches Eigenthum § 144. II, 189.
—— Notherbrecht. § 326. II, 836.
Praxis der Gerichte s. Gerichtsgebrauch.
Precarium § 198. II, 440.
Preisgeben der geschuldeten Sache § 192. II, 402 Anm. 37.
Pretium § 204 II, 461.
—— affectionis s. Affectionsinteresse.
Primae, secundae tabulae § 293. II, 737.
Principal s. Stellvertretung.
Principale Korrealobligation § 177. II, 310.
Priorität des Pfandrechts § 229. II, 538.
—— des Todes § 42. I, 199.
Privatkorporationen § 54. I, 243.
Privatrechtliche Folgen der Delikte § 89. I, 461.
Privatstrafe § 89. I, 464.
—— bei Ehescheidung § 243. II, 584.
Privattestament § 284. II, 708.
Privilegirte Forderungen § 229. II, 536.
—— Pfandrechte § 229. II, 538.
—— Testamente § 285. II, 710.
Privilegium § 18. I, 88; § 38. I, 189.
—— causae, personae § 38. I, 190.
—— exigendi § 38. I, 190; § 229. II, 536.
Pro herede gestio § 271. II, 674; § 298. II, 748.
—— — possidere § 308. II, 781.
—— possessore possidere § 308. II, 781.
—— suo possidere § 138. II, 156.
Proceß s. Prozeß.
Procurator § 83. II, 408.
—— in rem suam § 193. II, 407.
Prodigus § 49. I, 230; § 266. II, 656.
Profectitia dos § 234. II, 562.
Profectitium peculium § 255. II, 623.
Prohibitio novi operis § 146. II, 197.
Promissio dotis § 236. II, 565.
Promissorischer Eid § 188. II, 384.
Propositionen § 185. II, 357.
Propria res nemini servit § 148. II, 205.
Proprietas s. Eigenthum.
Propter nuptias donatio § 240. II, 576.
Protestation § 82. I, 406.
Protutoren § 265. II, 656.
Provisorischer Nachlaß-Besitz § 309. II. 786.

(Die römischen Ziffern bezeichnen den Theil, die folgenden arabischen die Seite.)

Prozeß, Einleitung § 110. I, 555.
Prozeßualische Konsumtion s. Konsumtion.
Pubertas § 48. I, 218; § 261. II, 642.
Publiciana s. actio.
Publikation des Testaments § 297. II, 746 Anm. 3.
Publizität des Pfandrechts § 229. II, 541; § 231. II, 546.
Punktation s. Tractate.
Pupill § 261. II, 647.
Pupillarsubstitution § 293. II, 734.
Putativehe § 232. II, 558; § 243. II, 585; § 250. II, 602 Anm. 8; § 276. II, 692.
Putativtitel s. titulus putativus.

Qualifizirtes Geständnis § 101. I, 525.
Quanti ea res est § 172. II, 289.
Quart der armen Wittwe § 281. II, 702.
Quarta D. Pii § 251. II, 608; § 328. II, 848.
—— Falcidia § 304. II, 768; § 311. II, 792; § 320. II, 816.
—— Trebelliana § 311. II, 796; § 321. II, 820, 822.
Quasi castrense peculium § 255. II, 625.
Quasi-Besitz § 129. II, 101.
—— — des Superficiars § 165. II, 273.
Quasikontrakte § 183. II, 342.
Quasi-Nießbrauch § 155. II, 234.
Quasipupillarsubstitution § 294. II, 738.
Quasi-traditio der Servitut § 159. II, 253.
Quellen des Pandektenrechts § 8. I, 32.
Querela inofficiosae donationis § 327. II, 847.
—— inofficiosi testamenti § 326. II, 839; § 327. II, 845; § 328. II, 848.
Qui iure suo utitur, nemini facit iniuriam § 33. I, 169.
Quinquaginta decisiones § 9. I, 40.
Quittung § 195. II, 418.

Rapina § 214. II, 489.
Rath § 202. II, 450.
Ratihabition § 84. I, 428; § 203. II, 455.
Raub § 214. II, 489.
Real-Illation der dos § 236. II, 565.
Realkontrakte § 184. II, 346.
Reallasten § 148. II, 213.
Realrechte § 38. I, 188.
Realservituten § 157. II, 239.
Realtheilung s. Theilung.
Reception des röm. Rechts § 11. I, 52.
—— — kanonischen Rechts § 12. I, 61.
Receptitia dos § 234. II, 562.
Receptum nautae § 200. II, 445.
Recht, gebietendes, ergänzendes § 20. I, 93.
—— gemeines § 17. I, 84.
—— singuläres § 17. I, 88.
—— strenges, billiges § 19. I, 90.
—— im subjektiven Sinne § 33. I, 168.
Rechte, absolute, relative § 38. I, 187.
—— dingliche, persönliche § 36. I, 176.
—— Entstehung, Untergang § 68. I, 309.
—— Familien-, Vermögensrechte § 35. I, 174; § 36. I, 176.
—— Konkurrenz u. Kollision § 96. I, 487.
—— Sicherung § 97. I, 501.
—— Verfolgung § 98. I, 502.
Rechtsanalogie § 25. I, 124.
Rechtsbesitz § 129. II, 101.
Rechtserwerb s. Erwerb.
Rechtsfähigkeit § 43. I, 200.
Rechtsgeschäft § 73. I, 360.
—— zwischen Vater u. Kind § 254. II, 620; § 255. II, 628.
Rechtsgesetz § 1. I, 1.
Rechtsirrthum § 72. I, 354.
Rechtskräftiges Urtheil § 111. I, 569; § 180. II, 325; § 195. II, 423.
Rechtsmittel s. Klage.
Rechtsnachfolger § 68. I, 312, 318.
Rechtsnormen § 17. I, 84.
Rechtsquellen § 21. I, 97.
Rechtsvermuthung s. Präsumtion.
Rechtswohlthat s. beneficium.
Reception des röm. Rechts § 11. I, 52.
Recipirtes Recht § 3. I, 9.
Re coniuncti s. coniuncti.
Redlicher Besitz § 122. II, 49; s. auch bonae fidei possessio.
Reformsystem § 327. II, 843.
Regent, Anwendung der Privatrechtsnormen auf ihn § 30. I, 142.
Regiment, Erbrecht § 281. II, 703.
Regreß des Bürgen § 222. II, 509.
—— bei der Cession § 193. II, 412.
—— bei der Korrealobligation § 177. II, 316.
—— bei der bloß solidarischen Obligation § 178. II, 319.

(Die römischen Ziffern bezeichnen den Theil, die folgenden arabischen die Seite.)

Regula Catoniana § 317. II, 807 Anm. 1.
Rei dominium s. Eigenthum.
—— vindicatio § 142. II, 169; § 143. II, 170.
—— dotis § 239. II, 575.
—— — utilis § 143. II, 177; § 163. II, 265; § 241. II, 579.
—— — Haftpflicht des Beklagten § 143. II, 180.
Reichsgesetzgebung § 5. I, 19; § 13. I, 63.
Religion § 46. I, 212; die Kinder gemischter Ehe § 253. II, 615 Anm. 8.
Religionsänderung als Bedingung § 75. I, 375.
Rem dare, tradere § 167. II, 276.
Remedia adipiscendae possessionis § 128. II, 84.
Remedium ex lege ult. Cod. de ed. D. Hadr. toll. § 309. II, 787.
—— spolii § 128. II, 83, 94.
—— — bei superficies § 165. II. 273.
Remissio nuntiationis § 146. II, 194.
Remuneratorische Schenkung § 197. II, 436.
Renunciatio s. Verzicht.
Reparaturkosten des Miteigenthümers § 121. II, 28.
Replica § 102. I, 536.
—— compensationis § 195. II, 420.
Repräsentation des Erblassers § 269. II, 665.
Repräsentationsrecht der Descendenten bei Intestaterbfolge § 277. II, 695.
Repudiatio hereditatis § 298. II, 751.
—— legati § 318. II, 809.
Repudium § 232. II, 549.
Res § 59. I, 256.
—— aliena legata § 315. II, 805.
—— certa, Einsetzung des Notherben § 327. II, 841, 845.
—— in commercio § 60. I, 270.
—— communis omnium § 60. I, 272.
—— consumtibilis § 63. I, 289.
—— corporalis, incorporalis § 59. I, 257.
—— dividua individua s. Theilbarkeit.
—— divini iuris § 60. I, 274.
—— dominans § 150. II, 216.
—— extra commercium § 60. I, 274.
—— fungibilis § 62. I, 285.
—— furtiva § 138. II, 158; § 214. II, 489.
Res iudicata § 111; I, 569; § 180. II, 325; § 195. II, 423.
—— litigiosa § 110. I, 558.
—— mobilis, immobilis § 61. I, 282.
—— publicae § 60. I, 271, 275.
—— religiosae § 60, I, 275.
—— sacrae § 60. I, 274.
—— singulae § 59. I, 261.
—— succedit in locum pretii etc. § 59. I, 262, 269.
—— testatori propria legata § 318. II, 810.
—— unita § 59. I, 261.
—— uxoria § 234. II, 561.
Rescissibilität § 84. I, 422; des Testaments § 296. II, 745.
Reservation § 82. I, 406.
Resolutivbedingung § 78. I, 382; § 291. II, 726.
—— bei Vermächtniß § 318. II, 812.
Responsa prudentum § 8. I, 34.
Restitutio in integrum § 112—§ 116. I, 573—594.
—— — — gegen Erbschaftsantritt § 298. II, 751, 753; § 302. II, 765.
—— wegen Zwangs § 187. II, 381.
Restitution der Erbschaft § 321. II, 820.
Retentionsrecht § 181. II, 336.
—— des Faustpfandgläubigers § 228. II, 534.
Reurecht § 184. II, 349.
Reus credendi, debendi, promittendi, stipulandi § 176. II, 305.
Revocatio ex nunc, ex tunc § 78. I, 387; § 84. I, 438.
Revokabilität des Eigenthumserwerbs § 68. I, 321.
—— eines Rechts überhaupt § 69. I, 326.
Römisches Recht, Bedeutung § 7. I, 23.
—— — Reception § 11. II, 52.
Rückerwerber § 69. I, 327.
Rückfall s. Revokabilität.
Rückgriff s. Regreß.
Rücktritt vom Verlöbniß § 232. II, 555.
Rücktritt vom Vertrage § 184. II, 344, 351.
Rückwirkung der Gesetze § 32. I, 154.
—— der Bedingung § 78. I, 385.
—— des Erlöschungsgrundes eines Rechts § 69. I, 331.
Ruhen der Verjährung § 140. II, 165.
—— des Eigenthums § 133. II, 123.

(Die römischen Ziffern bezeichnen den Theil, die folgenden arabischen die Seite.)

Ruhende Erbschaft s. hereditas iacens.
Rustica servitus § 158. II, 242, 244.
Rusticitas § 72. I, 356.

Sachbesitz s. Besitz.
Sache § 59. I, 255.
—— bewegliche, unbewegliche § 61. I, 282.
—— einfache, zusammengesetzte § 59. I, 261.
—— fungible § 62. I, 285.
—— körperliche, unkörperliche § 59. I, 257.
—— öffentliche § 60. I, 271, 275.
—— theilbare, untheilbare § 64. I, 292.
—— verbrauchbare § 63. I, 289.
—— vertretbare § 62. I, 285.
Sachen als Gegenstand der Privatrechte § 59. I, 255.
Sachenrecht § 117. II, 1.
Sachenrecht § 36. II, 176, 185.
Sachgesammtheit § 59. I, 261.
—— Verpfändung § 224. II, 521.
Sachleistung als Inhalt der Obligation § 167. II, 276.
Sachtheile § 64. I, 292.
Schadenersatz § 172. II, 287.
Schaltjahr § 93. I, 480.
Schatz § 134. II, 132, 134; § 237. II, 570.
Schätzungseid s. iuramentum in litem.
Scheidung s. Ehescheidung.
Scheingeschäft § 185. II, 356.
Schenkung § 196. II, 431.
—— auf Todesfall s. mortis causa donatio.
—— remuneratorische § 196. II, 436.
—— sub modo § 80. I, 402.
—— unter Ehegatten § 241. II, 578.
—— unter Verlobten § 232. II, 556.
—— des Vaters an das Kind § 255. II, 628.
—— eines Vermögens § 196. II, 436.
Schenkungsklage § 196. II, 434.
Scherz, Geschäft zum — § 185. II, 356.
Schiffer § 200. II, 446.
Schiffswurf § 210. II, 480.
Schmerzensgeld § 215. II, 492.
Schreiben als Eigenthumserwerbsart § 133. II, 118.
Schrift bei Verträgen § 185. II, 362.
Schuld (culpa) § 86. I, 442.
—— (debitum) § 181. II, 353.
—— des Erblassers § 304. II, 768.
Schuld des Hauskindes § 255. II, 627.
Schuldbekenntniß, Schuldschein § 184. II, 353; § 197. II, 437.
Schuldtilgungsvertrag § 195. II, 430, 437.
Schuldübernahme § 194. II, 415.
Schuldverwandlung § 191. II, 393.
Schutz der Rechte § 98. I, 502.
Schwägerschaft § 246. II, 590.
—— Wirkung § 247. II, 592.
Schwängerung § 257. II, 632.
Schweben der Bedingung § 78. I, 383. 389; § 291. II, 723.
Schwebendes Eigenthum § 69. I, 340.
Schweigen auf eine Proposition § 185. II, 361.
Schwieger-Verwandte § 246. II, 590 Anm. 3.
Secundae nuptiae s. Wiederverheirathung.
Seitenverwandte § 246. II, 589.
Seitenverwandtschaft, Wirkung § 247. II, 591.
Selbsthilfe § 98. I, 502; § 146. II, 196, 198.
Semel heres semper heres § 291. II, 726.
Senatusconsulta § 8. I, 33.
Senatusconsultum über den uneigentlichen Nießbrauch § 155. II, 234.
—— Libonianum § 287. II, 716.
—— Macedonianum § 180, II, 325; § 255. II, 628.
—— Orphitianum § 271. II, 680.
—— Pegasianum § 311. II, 795.
—— Plancianum § 249. II, 600.
—— Tertullianum § 271. II, 680.
—— Trebellianum § 311. II, 795.
—— Velleianum § 222. II, 512.
Senectus § 48. I, 227; § 267. II, 658.
Separata oeconomia § 250. II, 602.
Separatio quoad mensam § 232. II, 554.
Separation der Früchte § 136. II, 140, 143.
Separationsrecht der Erbschaftsgläubiger § 305. II, 772.
Separatisten ex iure dominii § 182. II, 340; § 229. II, 537.
Servitus § 149. II, 214; § 150. II, 215.
—— affirmativa, negativa § 148. II, 203—204.
—— altius tollendi § 157. II, 241; § 158. II, 249.
—— aquae § 158. II, 247.

(Die römischen Ziffern bezeichnen den Theil, die folgenden arabischen die Seite.)

Servitus continua, discontinua § 150. II, 218.
—— faciendi § 150. II, 219.
—— fluminis recipiendi § 119. II, 12.
—— germanica § 148. II, 213.
—— in faciendo consistere nequit § 148. II, 210.
—— irregularis § 153. II, 229.
—— legalis § 119. II, 9.
—— luminibus officiendi § 158. II, 249.
—— personae, personalis § 153. II, 227.
—— praedii § 157. II, 240.
—— — rustici, urbani § 158. II, 244; s. auch rustica, urbana servitus.
—— servitutis § 150. II, 217.
—— stillicidii § 119. II, 12.
—— — non recipiendi § 158. II, 249.
—— usus, s. usus.
Servituten, Besitz § 129. II, 102.
—— Erwerb § 159. II, 252.
—— Gattungen § 152. II, 226.
—— Petitorische Rechtsmittel § 160. II, 255.
—— Possessorische Rechtsmittel § 161. II, 257.
—— Erlöschung § 162. II, 262.
Servus hereditarius § 274. II, 689 Anm. 1.
Sicherung der Rechte § 97. I, 501.
Signare testamentum § 284. II, 709.
Simulation § 185. II, 356.
Sine re, bonorum possessio § 271. II, 677.
Singuläres Recht § 18. I, 88.
Singularerwerb § 68. II, 315.
Singularfideicommiß § 311. II, 794.
Singularnachfolge § 68. I, 314, 318.
—— in den Nachlaß § 269. II, 663.
Singularvermächtniß § 269. II, 667.
Sistirung der Verjährung § 140. II, 165.
Sittengesetz § 1. I, 1.
Striptur s. Schrift.
Societas § 54. I, 239; § 211. II, 482.
—— leonina § 211. II, 482.
—— omnium bonorum § 211. II, 484.
Socius liberalitatis principis § 269. II, 668; § 281. II, 703 Anm. 11.
Sohn, Anspruch auf Ausstattung § 240. II, 577.
Solarium § 165. II, 273.
Soldatentestament s. Militärtestament.
Solennes Rechtsgeschäft § 73. I, 361.
Solidarische Obligation § 177. II, 306; § 178. II, 318.
Solutio § 181. II, 327.
Solutionis causa adiectus § 213. II, 486.
Sondergut der Kinder s. peculium.
Sondernachfolge § 269. II, 663.
Spatium deliberandi s. ius deliberandi.
Specialität des Pfandrechts § 231. II, 546.
Specialvormund § 263. II, 650.
Species § 62. I, 286.
Specificatio § 135. II, 137.
Spielvertrag § 213. II, 486.
Spolium § 128. II, 94.
Sponsalia § 232. II, 554.
Sponsio § 213. II, 487.
Spurii § 257. II, 635.
Staat, Anwendung der Privatrechtsnormen auf denselben § 30. I, 141.
Stabularius § 200. II, 446.
Stämme s. stirpes.
Ständige Servituten § 150. II, 218.
Stammgüter, Vorzug der Agnaten § 248. II, 596.
Stammtheilung s. stirpes.
Stand § 52. I, 233.
Standesbeamter § 232. II, 552.
Status § 43. I, 201.
Statut § 23. I, 115.
—— einer Personengemeinheit § 54. I, 246.
Stellvertretung § 83. I, 407.
—— bei Adoption § 251. II, 604, Anm. 14.
—— bei Besitzerwerb § 126. II, 67.
—— Besitzverlust § 127. II, 76.
—— bei Erbschaftsantritt § 298. II, 747.
—— bei traditio § 131. II, 107.
—— durch Hauskinder § 255. II, 626.
—— durch den Vormund § 264. II, 651.
Stiefverwandtschaft § 246. II, 590.
Stiftungen § 58. I, 253; ihre Erbfähigkeit § 288. II, 716.
Stillicidium s. servitus stillicidii.
Stillschweigen s. Schweigen.
Stillschweigende Bedingung § 75. I, 364, 366.
—— Erklärung § 74. I, 362.
Stipulatio § 184. II, 348.
—— Aquiliana § 195. II, 429.
—— duplae § 205. II, 467 Anm. 13.

(Die römischen Ziffern bezeichnen den Theil, die folgenden arabischen die Seite.)

Stirpes, Theilung in — § 277. II, 694.
Stoff, fremder s. specificatio.
Streitgegenstand, Veräußerung s. res litigiosa.
Strenge Ehe § 232. II, 549.
Stricti iuris actiones § 100. I, 514.
Stuprator § 256. II, 631; § 257. II, 634.
Subhastatio § 204. II, 462.
Subjekte der Rechte § 39. I, 191.
—— der Obligation § 176. II, 304.
Subjektives Recht § 33. I, 168.
Subpignus § 204. II, 520.
Subscribere testamentum § 284. II, 709.
Subsidiäre Klage § 99. I, 506.
Subsidiäres Recht § 4. I, 11; § 14. I, 63.
Substantialia s. essentialia.
Substitution § 292. II, 731.
—— bei Vermächtnissen § 316. II, 805.
—— schließt das Anwachsungsrecht aus § 301. II, 760.
—— exheredatio von derselben § 326. II, 835.
Substitutio exemplaris § 294. II, 739.
—— fideicommissaria II, 731.
—— Iustinianea § 294. II, 739.
—— pupillaris § 293. II, 734.
—— quasi-pupillaris § 294. II, 738.
—— reciproca § 292. II, 732.
—— vulgaris § 292. II, 731.
Successio ab intestato s. Intestaterbfolge.
—— graduum § 271. II, 673; § 278. II, 698.
—— legitima § 271. II, 672.
—— mortis causa § 269. II, 661.
—— ordinum § 271. II, 676; § 278. II, 699.
—— singularis, universalis § 68. I, 312, 314.
Succession in eine fremde Forderung § 193. II, 405.
—— hypothekarische § 227. II, 526. 661.
—— in den Nachlaß, Arten § 269. II, 660.
—— von Todeswegen § 268. II, 659.
Successives Vermächtnis s. fideicommissum successivum.
Sui heredes § 271. II, 672; § 298. II, 752; § 326. II, 836.
Sui iuris § 250. II, 601.
Summarium § 128. II, 91.
Superficiarrecht § 165. II, 271.
Surrogate, Anspruch auf dieselben mittelst rei vindicatio § 143. II, 177; § 241. II, 579.
Suspensivbedingung § 78. I, 383.

Tacita substitutio § 293. II, 737.
Tacitus consensus § 74. II, 362.
Tag § 93. I, 479.
Taubstumme s. persona debilis.
Tausch § 208. II, 474.
Taxatio dotis § 237. II, 570.
Tempus continuum, utile § 95. I, 486.
—— deliberandi s. ius deliberandi.
Territorialitätsprincip § 31. I, 145.
Testament § 282. II, 704.
—— des Blinden § 285. II, 712.
—— Form § 284. II, 708; § 285. II, 710; § 286. II, 712.
—— Eröffnung und Vollziehung § 297. II, 746 Anm. 3.
—— des Schreibens Unfähiger § 284. II, 708.
—— Ungültigkeit § 296. II, 741.
Testamentaria tutela § 262. II, 648.
Testamentarius § 284. II, 709.
Testamenti factio activa § 283. II, 706.
—— — — des prodigus § 260. II, 653.
—— — des Mündels § 264. II, 653.
—— — passiva § 288. II, 716; § 312. II, 798.
Testamentserbfolge § 282. II, 704.
Testamentsformen § 284. II, 708.
Testamentszeugen § 284. II, 708.
Testamentum ad pias causas § 285. II, 712.
—— correspectivum § 295. II, 741.
—— desertum, destitutum § 296. II, 745.
—— holographum § 284. II, 709.
—— imperfectum § 296. II, 744.
—— implicitum s. testam. mysticum.
—— iniustum § 296. II, 741.
—— inofficiosum § 326. II, 839.
—— irritum § 296. II, 741.
—— iudiciale § 286. II, 712.
—— militis s. Militärtestament.
—— mutuum § 295. II, 741.
—— mysticum § 289. II, 717.
—— nullum § 296. II, 741 Anm. 2.
—— nuncupativum § 284. II, 708.
—— parentum inter liberos § 284. II, 711.
—— principi oblatum § 286. II, 712.
—— pupillare § 293. II, 735.

(Die römischen Ziffern bezeichnen den Theil, die folgenden arabischen die Seite.)

Testamentum quasi-pupillare § 294. II, 793.
—— reciprocum § 295. II, 741.
—— ruptum § 296. II, 742.
—— ruri conditum § 285. II, 712.
Testamentum simultaneum s. gemeinschaftliches Testament.
—— tempore pestis § 284. II, 710 Anm. 15.
Testirfähigkeit s. testamenti factio activa.
Textes-Kritik s. Kritik.
Theilbarkeit der Sachen § 64. I, 292.
—— des Eigenthums § 225. II, 524.
—— der Servituten § 151. II, 219.
—— der Obligationen § 170. II, 283; § 176. II, 305; § 179. II, 321 Anm. 5.
Theilung der Eltern unter den Kindern § 285. I, 711 Anm. 7.
—— der Erbschaft s. Erbtheilung.
—— des Miteigenthums § 121. II, 28.
—— der Obligation § 176. II, 305.
Theilungsart bei Erbfolge der Verwandten § 279. II, 701.
Theilungsklage § 121. II, 28.
Theilungsvertrag § 212. II, 485.
Theodosiana transmissio § 299. II, 756.
Theodosianus codex § 8. I, 38; § 11. I, 59; § 15. I, 69.
Thesaurus s. Schatz.
Thiere, Besitzerwerb § 125. II, 64.
—— Besitzverlust § 127. II, 74; § 128. II, 100.
—— Eigenthumserwerb § 134. II, 131.
—— s. auch Jagdrecht; wilde Thiere.
Thierjunge § 136. II, 142.
Thun im c. S. als Inhalt d. Obligation § 167. II, 276.
Tignum iunctum § 133. II, 123.
Titulus adquirendi § 68. I, 309.
—— bei Ersitzung § 138. II, 153.
—— bei Rechtserwerb § 117. II, 1.
—— putativus § 138. II, 154.
Tod § 41. I, 197.
—— des Berechtigten oder Verpflichteten § 90. I, 470.
Tractate § 185. II, 357.
Traditio § 131. II, 107.
—— brevi manu § 125. II, 61.
—— ficta § 125. II, 65.
—— longa manu § 125. II, 67.
—— symbolica § 125. II, 66.
Transactio § 195. II, 421.
Transitus legalis dominii § 132. II, 116; § 239. II, 575.
Transitus legalis dominii bei Erbschaft § 303. II, 767.
Translatio legati § 317. II, 807.
Translativer Erwerb § 68. I, 318.
Transmissar, Verbindlichkeit zu Vermächtnissen § 317. II, 807.
Transmission einer Erbschaft § 299. II, 754.
Transmissionsrecht, Verhältnis zum Anwachsungsrecht § 301. II, 760.
—— —— zur successio ordinum et graduum § 278. II, 700.
—— —— —— Vulgar-Substitution § 292. II, 733.
Trauerjahr § 245. II, 587.
Trebelliana s. Quarta.
Trennung der Ehe § 243. II, 583; s. auch Ehescheidung.
Tridentinum § 232. II, 551.
Triftgerechtigkeit § 158. II, 244.
Trödelvertrag § 201. II, 447.
Turpitudo § 45. I, 209.
Tutela § 261. II, 642, 647.
—— dativa § 262. II, 649.
—— legitima § 262. II, 649 Anm. 5.
—— mulierum § 260. II, 640.
—— perfecta, propria § 262. II, 648.
—— testamentaria § 262. II, 648.
Tutor § 261. II, 643.
—— honorarius § 264. II, 655.
—— notitiae causa datus § 264. II, 655.

Übergang der Rechte § 68. I, 312, 314.
Überhang bei Bäumen § 119. II, 14.
Überlegungsfrist § 298. II, 750; § 304. II, 768.
Übertragung der Forderung s. Cession.
Umgestaltung s. specificatio.
Unbenannte Realkontrakte § 184. II, 347.
Unbewegliche Sachen s. res mobiles, immobiles.
Undank, bei Schenkung § 196. II, 434.
Uneheliche Kinder § 250. II, 602; § 257. II, 632; § 258. II, 636; § 259. II, 637; § 281. II, 703.
—— Verwandtschaft § 276. II, 693; s. auch Geschlechtsgemeinschaft.
Uneigentlicher Nießbrauch s. Quasi-Nießbrauch.
Unentgeltlicher Dienstvertrag § 202. II, 448.
—— Erwerb § 68. I, 311.
—— Vertrag § 185. II, 363, 367.

(Die römischen Ziffern bezeichnen den Theil, die folgenden arabischen die Seite.)

Unerlaubte Bedingung § 75. I, 373.
—— Handlung s. Delikt.
Ungewißheit des Gläubigers als Grund zur Depositon § 142. II, 401.
Ungültigkeit § 84. I, 421.
—— des Testaments § 296. II, 741.
Ungültigkeit des Vermächtnisses § 313. II, 802; § 317. II, 806.
Unio prolium § 251. II, 611.
Unitas actus bei Testamenten § 284. II, 710.
Universalerbe § 269. II, 663.
Universalfideicommiß s. Universalvermächtniß.
Universalklage § 59. I, 263.
Universalsuccession § 59. I, 267; § 68. I, 312; § 269. II, 662.
Universalvermächtniß § 269. II, 667; § 311. II, 794; § 321. II, 819.
—— Delation § 318. II, 813.
Universitas aedificii § 133. II, 123.
—— hominum § 54. I, 241.
—— ordinata § 54. I, 249.
—— rerum § 59. I, 261.
Unklagbares Recht § 103. I, 538.
Unmittelbare sui § 298. II, 753.
Unmögliche Bedingung § 75. I, 370.
—— — bei letztwilligen Verfügungen § 291. II, 725; § 318. II, 809.
Unmöglichkeit bei Obligationen § 185. II, 363.
Unmündige s. impuberes.
Unmündigkeit § 261. II, 642.
Unredlicher Besitz s. malae fidei poss.
Unterbrechung der Verjährung § 106. I, 548.
—— — — bei correi § 177. II, 313.
—— — Ersitzung § 140. II, 163.
Unter Lebenden, Rechtsgeschäfte § 73. I, 361.
Untereigenthum § 163. II, 265.
Untergang des Gegenstandes eines Rechtsverhältnisses § 91. I, 472.
—— eines Rechts s. Erlöschen.
Unterscheidungsjahre § 253. II, 615 Anm. 8.
Untheilbare Obligation § 179. II, 320.
Untheilbarkeit der Servituten § 150. II, 217; § 151. II, 219.
Ununterbrochene Servitut § 150. II, 218.
Unus casus s. casus.
Unordentliche Verjährung s. Verjährung.
Unwissenheit s. Irrthum.
Unwürdigkeit § 274. II, 690.
Unzulässige Bedingung § 75. I, 373; § 76. II, 379; § 291. II, 725; § 318. II, 809.
Urbana servitus § 158. II, 242.
Ursprünglicher Besitz § 122. II, 43.
—— Erwerb § 68. I, 311.
Urtheil, rechtskräftiges § 195. II, 423.
—— richterliches § 111. II, 562.
Usucapio des älteren Rechts § 137. II, 149.
—— libertatis bei Servituten § 162. II, 264.
—— s. auch Ersitzung.
Usucapionsbesitz § 122. II, 36.
Usurae s. Zinsen.
—— conventionales § 173. II, 292.
—— necessariae § 173. II, 293.
—— punitoriae § 174. II, 301.
—— voluntariae § 173. II, 292.
Usurpatio § 140. II, 163.
Usus (servitus usus) § 156. II, 236.
Ususfructus s. Nießbrauch.
Uterini § 246. II, 589 Anm. 1.
Utile tempus § 95. I, 486.
Uxor s. Ehegatten.
Variae causarum figurae § 183. II, 341.

Väterliche Gewalt § 250. II, 601; § 253. II, 613.
Vater s. Hausvater; s. auch Ascendenten.
Vaterschaft § 249. II, 597.
—— uneheliche § 257. II, 631.
Venditio § 204. II, 458.
Venditionis causa dos aestimata § 237. II, 570.
Venia aetatis § 263. II, 650.
Veräußerung § 69. I, 325, 332.
—— der Dotalgrundstücke § 237. II, 568.
—— der Erbschaft § 310. II, 788.
—— der legirten Sache durch den Erben § 318. II, 810.
—— durch den Fiskus § 296. II, 472; § 310. II, 788.
—— durch den Vormund § 264. II, 653.
—— eines Vermögensrechts als Inhalt der Obligation § 167. II, 276.
—— unbefugte, Vindication der Gegenleistung § 143. II, 177.
Veräußerungsverbot § 120. II, 17.
—— bei Dotalgrundstücken § 237. II, 568.
—— testamentarisches § 318. II, 812.
—— vertragsmäßiges § 120. II, 18.

(Die römischen Ziffern bezeichnen den Theil, die folgenden arabischen die Seite.)

Veräußerungsvertrag § 185. II, 363; § 204. II, 458.
—— über den künftigen Nachlaß eines Dritten § 273. II, 686.
Verarbeitung § 135. II, 137.
Verbalcaution § 97. I, 501.
Verbalkontrakt § 184. II, 345.
Verbindung als Eigenthumserwerbart § 133. II, 117.
—— bei Erbeinsetzung s. coniuncti.
Verbis coniuncti s. coniuncti.
Verbrauchbare Sachen s. res consumtibiles.
Verdingung § 209. II, 476.
Verfolgung der Rechte s. Klage.
Verführung § 256. II, 631.
Vergehen s. Delikt.
Vergleich § 195. II, 421.
Verhältnis der Quellen des Pandektenrechts zu einander § 14. I, 63; § 24. I, 116.
Verheirathung der Hauskinder § 253. II, 615.
Verjährung § 92. I, 474.
—— der Ansprüche § 104. I, 540.
—— der Einreden § 109. I, 555.
—— der Hauptobligation, Recht auf Zinsen § 168. II, 279.
—— der Klagen § 104. II, 540.
—— der Restitution § 105. I, 590.
—— der Servituten § 162. II, 263.
—— des Pfandrechts § 108. I, 553.
—— Rückwirkung neuer Gesetze auf dieselbe § 32. I, 163.
—— unvordenkliche § 92. I, 476.
Veritas nominis § 193. II, 412.
Verkauf § 204. II, 458.
—— der Erbschaft s. Veräußerung.
Verletzung s. laesio.
Verlöbnis § 232. II, 554.
Verlorene Sachen § 134. II, 131.
Verlust der Rechte § 69. I, 323.
—— s. auch Aufhebung.
—— des Eigenthums § 147. II, 199.
Vermächtnis § 269. II, 666; § 311. II, 791; § 313. II, 802; § 315. II, 804.
—— einer Servitut § 159. II, 253.
Vermächtnisvertrag § 313. II, 803.
Vermischung s. commixtio.
Vermögen einer Person § 59. I, 259.
—— als Gesammtheit § 59. I, 267.
—— bewegliches, unbewegliches 59. I, 257.
Vermögensfähigkeit der Hauskinder § 254. II, 616.
Vermögensnachfolge s. Universalsuccession.
Vermögensrechte § 36. I, 176.
Vermuthung s. praesumtio.
Verpfändung § 224. II, 518.
—— als Intercession § 194. II, 417.
Verpflichtungsfähigkeit der Hauskinder § 254. II, 617.
Versäumnisse, Restitution gegen § 114. I, 577.
Verschollener § 41. I, 198.
Verschwender § 49. I, 230; § 266. II, 656.
Versendungsrecht s. Transmissionsrecht.
Versio vulgata § 9. I, 42.
Versprechen der dos § 236. II, 565.
Versprechenseid § 188. II, 384.
Versteigerung § 204. II, 462.
Vertheidigung § 102. I, 527.
Vertrag als Entstehungsgrund von Obligationen § 184. II, 343.
—— einseitiger, gegenseitiger, zweiseitiger § 185. II, 368.
—— formeller, materieller § 184. II, 352, 353, 354.
—— zu Gunsten eines Dritten § 83. I, 414; § 190. II, 388.
—— s. auch pactum.
Vertragserbfolge s. Erbvertrag.
Vrtragsmäßige Bestellung einer Servitute § 159. II, 252.
Vertragsschließung unter Abwesenden § 185. II, 357.
Vertretbare Sachen s. res fungibiles.
Vertreter s. Stellvertretung.
Vertretung der Personengemeinheit § 55. I, 248.
—— des Mündels § 264. II, 651.
Verurtheilung des Klägers § 99. I, 505; § 128. II, 89.
Verwahrung s. Depositon, Protestation.
Verwaltung des Vaters am adventitischen Vermögen § 255. II, 625.
—— des Vormundes § 264. II, 651.
Verwandte § 246. II, 589.
—— Intestaterbfolge § 276. II, 692.
Verwandtschaft § 246. II, 589; § 248. II, 592.
—— außereheliche § 257. II, 631.
—— mehrfache § 278. II, 698.
Verwendungen s. impensae.
Verwirkung § 195. II, 429.
Verzicht § 69. I, 325, 335.
Verzug § 192. II, 396.
—— des Gläubigers § 192. II, 406.
—— des Onerirten § 318. II, 810.

(Die römischen Ziffern bezeichnen den Theil, die folgenden arabischen die Seite.)

Verzugszinsen § 192. II, 399; § 197. II, 437.
Vi, clam, precario s. vitia possessionis.
—— — — bei Servituten § 159. II, 254.
Via § 158. II, 244.
Vicina praedia § 157. II, 241.
Viehtrift § 158. II, 244.
Vindicatio s. rei vindicatio.
—— hereditatis s. hereditatis petitio.
—— bei Schenkung § 196. II, 434.
—— servitutis § 156. II, 240.
Vindikanten § 182. II, 340; § 229. II, 537.
Vis § 71. I, 348; § 128. II, 91; § 161. II, 260.
—— compulsiva § 187. II, 380.
—— fluminis s. avulsio.
Vitalität s. Lebensfähigkeit.
Vitia possessionis § 123. II, 52.
Vollbürtige Seitenverwandte § 246. II, 589.
Volljährigkeit s. Großjährigkeit.
Vollkommene Adoption s. adoptio plena.
Vollmacht § 83. I, 419.
Vollziehung des Testaments § 304. II, 770.
Voluntaria dos § 234. II, 562.
Voraussetzung, gesetzliche § 101. I, 523.
—— s. auch modus.
Vorerbe § 292. II, 732.
Vor-justinianische Rechtsquellen § 8. I, 32.
Vorkaufsrecht § 204. II, 462.
Vormund, Bestellung § 262. II, 648.
—— Verwaltung § 264. II, 651.
—— der Hausvater als Vormund § 255. II, 629.
—— Erbschaftsantritt § 298. II, 749.
—— vindicatio der von ihm mit Mündelgut für sich angeschafften Sachen § 143. II, 177.
Vormundschaft § 260. II, 640.
—— Bestellung § 262. II, 648.
—— Endigung § 263. II, 650.
—— Verwaltung § 264. II, 651.
Vorvermächtnis s. Prälegat.
Votum § 185. II, 360.
Vulgaransubstitution § 292. II. 731; § 317. II, 807.
Vulgo quaesiti (liberi) § 257. II, 635.

Wahlkind § 251. II, 603 Anm. 7.
Wahnsinn § 49. I, 229; § 266. II, 657.
Wandelklage § 206. II, 470.
Wassergerechtigkeiten § 157. II, 241; § 158. II, 247.
Wasserlauf § 119. II, 10.
Wasserrecht § 60. I, 272; § 119. II, 10.
Wechselseitige Obligationen § 185. II, 368.
—— Testamente § 295. II, 741.
Wechselvertrag § 184. II, 354.
Wegegerechtigkeit § 158. II, 244.
Weiber s. Frauen.
Weidegerechtigkeiten § 161. II, 261.
Werkverdingung § 209. II, 479.
Werthvergütung bei Collation s. Collation.
Wettvertrag § 213. II, 486.
Widerlage § 240. II, 577.
Widerruf des precarium § 198. II, 443.
—— der Schenkung unter Ehegatten § 241. II, 581.
—— des Testaments § 296. II, 743.
—— des Vermächtnisses § 317. II, 807.
—— des Vertragsofferts § 185. II, 358.
Widerruflicher Rechtserwerb § 68. I. 321; § 69. I, 326.
Widerspruch von Stellen des corpus iuris § 24. I, 120.
Wiedereinsetzung s. restitutio.
Wiederverheirathung § 244. II, 586; § 245. II, 587.
Wilde Thiere, Eigenthumserwerb § 134. II, 129, 133; § 147. II, 200.
Willenserklärung § 70. I, 347; § 74. I, 362.
Wirthe § 200. II, 445.
Wittwe, Erbrecht § 281. II, 702; Verletzung des Trauerjahres § 245. II, 587.
—— s. auch Ehefrau.
Wohnort § 51. II, 232.
Wohnsitz der Ehegatten § 232. II, 557.
Wortverbindung bei Erbeinsetzung oder Vermächtnis, s. coniuncti.
Wucher § 174. II, 297.
Wurzeln eines fremden Baums § 119. II, 16.

Zahlung § 181. II, 327; § 195. II, 418.
—— einer Nichtschuld § 219. II, 500.
Zahlungsstatt, Geben an — s. datio in solutum.
Zeit § 92. I, 473.
—— der Leistung § 189. II, 387.
—— des Erbschaftsantritts § 298. II, 749.

(Die römischen Ziffern bezeichnen den Theil, die folgenden arabischen die Seite.)

Zeitablauf, Einfluß auf Rechtsverhältnisse § 92. I, 473.
Zeitbestimmung § 93. I, 478; § 291. II, 727; s. auch dies.
Zeitraum, Berechnung § 94. I, 481.
Zerstörung des späteren Testaments § 296. II, 743.
Zeugen des Codicills § 313. II, 802.
—— des Testaments § 284. II, 708.
Zeugung s. Vaterschaft.
Zinsen § 173. II, 291.
—— aus erloschener Hauptobligation § 168. II, 279.
—— bei Darlehn § 197. II, 437.
—— gesetzliche § 173. II, 293.
—— ultra duplum § 174. II, 297.
—— von Zinsen § 174. II, 297.
Zinsfuß § 174. II, 293.
Zinswucher § 174. II, 297.
Zubehörungen s. Pertinenzen.
Züchtigungsrecht § 249. II, 597; § 253. II, 615.
Zufall s. casus.
Zug um Zug § 189. II, 387.
Zurechnung § 85. I, 441.
Zurückbeziehen der Bedingung § 78. I, 384, 391.
Zurücknahme eines Vertragsofferts § 185. II, 358.
—— s. auch Widerruf.
Zusammenfallen des Testaments § 296. II, 742; § 317. II, 807.
Zusammenhängende Servituten § 150. II, 218.
Zusicherung von Eigenschaften § 206. II, 470.
Zuwachs § 133. II, 118; s. auch accessio.
Zwang § 71. I, 348.
—— bei letzten Willen § 287. II, 713; § 296. II, 742.
—— bei Verträgen § 186. II, 379, 380.
—— Restitutionsgrund § 114. I, 579.
Zweckbestimmung s. modus.
Zweiseitige Rechtsgeschäfte § 73. I, 360.
—— Verträge § 185. II, 363, 365.
Zweite Ehe s. Wiederverheirathung.
Zwischeneigenthümer § 69. I, 327.
Zwitter § 47. I, 213.

BODLEIAN LIBRARY